Nuova Collezione di Opere Giuridiche - N. 79.

QUESTIONI
DI
DIRITTO CIVILE

SVOLTE DA

C. F. GABBA

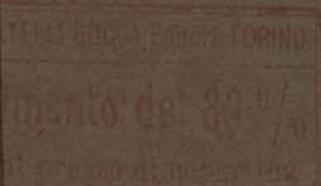
VOL. I.

DIRITTO PERSONALE E DIRITTO REALE

2ª Edizione

MILANO TORINO ROMA
FRATELLI BOCCA EDITORI

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO.
Deposito per Napoli e Provincia: SOCIETÀ COMMERCIALE LIBRARIA - NAPOLI

1909

Nuova Collezione di Opere Giuridiche

Volumi pubblicati:

Carle J., De exceptionibus in Jure Romano. 1 vol. in-8° . . L. 3. —
Carrara F., Lineamenti di pratica legislativa penale. 2ª ediz. „ 8. —
Carle G., La vita del Diritto. 2ª ediz. 1890 . . . . „ 12. —
Codice Penale dello Impero Germanico, trad. da Gualtierotti-Morelli e D. Feroci, con un rag. critico e note dei Proff. P. Ellero e F. Carrara . . . . „ 3. 50
„ 5-9. **Galluppi E.**, Istituz. di dir. commerciale. 2 vol. (esaurito).
„ 6-28. **Pescatore M.**, Filosofia e Dottrine Giuridiche. 2 vol. . . „ 18. —
„ 7. **Del Vecchio A.**, La Legislazione di Federico II Imperatore, ill. „ 5. —
„ 8. **Amar M.**, Dei Diritti degli autori di opere dell'ingegno . . „ 11. —
„ 10. **Mattirolo L.**, Trattato di diritto giudiziario civile italiano. Vol. 1°, 5ª edizione . . . . „ 18. —
„ 13. Detto Vol. 2°. 1 vol. in-8°. 5ª edizione . . . . „ 18. —
„ 17. Detto Vol. 3°. 1 vol. in-8° Id. . . . . „ 20. —
„ 22. Detto Vol. 4°. 1 vol. in-8° Id. . . . . . . „ 22. —
„ 29. Detto Vol. 5°. 1 vol. in-8° Id. . . . . „ 20. —
„ 30. Detto Vol. 6°. 1 vol. in 8° Id. . . . . „ 22. —
„ 46. Indice esegetico dei sei volumi (in preparazione).
„ 11. **Supino D.**, Le operazioni di Borsa (esaurito).
„ 12. **Galluppi E.**, Dei titoli al Portatore (esaurito).
„ 14. **Galluppi E.**, La Dote, secondo il diritto civile Italiano (esaurito).
„ 15-16-18-19-20-23-26 e 27. **Saluto F.**, Commenti al Codice di Procedura Penale. 8 vol. in-8°, 3ª edizione 1884 . . . . „ 80. —
„ 21. **Brandileone F.**, Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del Regno di Sicilia . . . . „ 4. —
„ 24-25. **Tartufari A.**, Trattato del Possesso come titolo di diritti (esaurito).
„ 31. **Cocito F.**, La parte civile in materia penale. 1 vol. in-8° (esaurito).
„ 32. **Fazio G.**, Trattato sulla Perenzione. 1 vol. in-8° . . . . . . „ 4. —
„ 33. **Cogliolo P.**, Trattato dell'eccezione di cosa giudicata. Vol. I° „ 10. —
„ 34. **Losana**, Delle successioni testamentarie secondo il Cod. Civ. It. „ 10. —
„ 35. **La Mantia**, Storia della Legislazione in Italia. Vol. I, in-8° „ 14. —
„ 36. **Quartarone**, Il diritto agli alimenti e le azioni alimentarie secondo il Codice Civile e di Procedura Civile d'Italia. 2ª ed. . „ 4. —
„ 37. **Chironi**, La Colpa nel dir. civ. odierno. Colpa contrattuale. 2ª ed. „ 15. —
„ 38. Detto id. id. Colpa extra contrattuale. Vol. 1°, 2ª ed. „ 12. —
„ 39. Detto id. id. id. id. id. Vol. 2°, „ „ 15. —
„ 40. **Lessona S.**, Elementi di diritto penale positivo sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio . . . . „ 4. —
„ 41. **Hölder**, Istituzioni di Diritto Romano . . . . „ 7. —
„ 42. **Paoli B.**, Del matrimonio rispetto ai beni . . . . „ 5. —
„ 43. **Manara**, Gli atti di commercio . . . . „ 10. —
„ 44. **Alimena**, La premeditazione (2ª edizione in preparazione).
„ 45. **Mattirolo**, Istituz. di diritto giudiziario civile italiano. 2ª ediz. „ 12. —
„ 47. **Carle**, Le origini del Diritto romano (esaurito).
„ 48-49. **Chironi**, Istituzioni di Diritto civile italiano. 2 vol. in-8° (esaurito).
„ 50. **Armissoglio**, Gli impianti elettrici. 1 vol. in-8° . . . . . . „ 4. —
„ 51. **Pincherli E.**, Il Codice penale italiano annotato. 1 vol. in-8° „ 10. —

QUESTIONI
DI
DIRITTO CIVILE

Vol. I.

DIRITTO PERSONALE E DIRITTO REALE

QUESTIONI
DI
DIRITTO CIVILE
SVOLTE DA
C. F. GABBA

VOL. I.

DIRITTO PERSONALE E DIRITTO REALE

2ª Edizione

MILANO TORINO ROMA
FRATELLI BOCCA EDITORI

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO.
Deposito per Napoli e Provincia: SOCIETÀ COMMERCIALE LIBRARIA - NAPOLI

1909

PREFAZIONE ALLA 1ª EDIZIONE

Già nel 1882 io ebbi a pubblicare a Torino, coi tipi Chiantore e Mascarelli, un volume di Questioni di diritto civile, *riproducendovi, in nuova edizione migliorata, monografie che avevo già pubblicate in giornali e riviste legali, e aggiungendovene di nuove. La buona accoglienza fatta dai giuristi italiani a quel volume, e il cresciuto numero dei miei lavori monografici intorno al gius civile sparsi qua e là in differenti pubblicazioni, mi hanno determinato a pubblicare due altri volumi dello stesso genere del primo. La spettabile Ditta Bocca approvò e assunse di effettuare il mio proposito, ed ora io presento al pubblico un volume di* Questioni di diritto civile in materia personale e reale. *Anche in questo vi sono monografie non pubblicate ancora, e quelle già pubblicate sono ritoccate e migliorate. Spero che i cultori del diritto patrio abbiano a trovare che io non ho perso il mio tempo, nè l'ho fatto perdere a loro. Ho scelto a trattare questioni fra le più dibattute e importanti della giurisprudenza contemporanea, e specialmente fra quelle che porgono occasione a fecondo connubio della filosofia del diritto colla scienza del diritto civile. Ho pure avuto cura di tener conto, rispetto ad ogni questione, di tutte le dottrine anteriormente propugnate, sia nel campo della scienza, sia in quello della giurisprudenza forense. Se poi io abbia saputo sempre tenermi all'altezza dei subbietti*

presi a studiare, se il potere mentale e il buon criterio mi abbiano sempre consentito di cogliere, e giustificare debitamente, la soluzione più retta, non tocca a me giudicare, mentre è invece lecito a me assicurare che il buon volere e la diligenza non mi hanno mai fatto difetto.

PREFAZIONE ALLA 2ª EDIZIONE

La buona accoglienza fatta dai giuristi italiani e forestieri alle mie Questioni di diritto civile *ne ha fatto esaurire in commercio la prima edizione, e incoraggiato la Ditta Bocca a farne una seconda. Richiestone da questa Ditta, io ho consentito questa seconda edizione, introducendo nel testo della prima quelle modificazioni e aggiunte che, a distanza di dodici anni, mi sono apparse necessarie ed opportune* (*).

(*) *Una traduzione spagnuola di questo e del successivo volume II, per opera del Prof.* Adolfo Posada *della Università d'Oviedo, è stata pubblicata a Madrid (senza data) col titolo:* Cuestiones practicas de derecho civil moderno.

Pisa, 31 dicembre 1907.

C. F. Gabba.

INDICE

PARTE PRIMA

Questioni di diritto personale.

PARTE SECONDA

Questioni di diritto reale.

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO PERSONALE

Intorno al concetto e all'orbita del diritto civile.

Che cosa è *diritto civile*? Lascio da parte la nota definizione di Ulpiano nella *l. 6, D. de just. et jure: jus civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque quum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficimus.* Verissima definizione codesta, ma tutta esteriore e formale. Il contenuto, la sostanza del diritto civile qual'è?

La prima risposta che qui si affaccia ad ognuno, è il dire che *diritto civile* non sia altra cosa che *diritto privato.*

Ed io non ripudio codesta spiegazione, o, meglio a dire, sostituzione di parole. Imperocchè, se mi si obbiettasse che al gius civile si contrappone il *gius mercantile,* il quale è pure *diritto privato*, io risponderei che appunto il diritto privato mercantile si contrappone al civile o privato generale, come la specie al genere, la parte al tutto. Senza di che, non si potrebbe, fra le altre cose, reputare colla maggior parte dei giureconsulti, e collo stesso vigente Codice di commercio italiano (art. 1), che il diritto civile è fonte sussidiaria del diritto commerciale.

Ma se *diritto civile* e *diritto privato* sono identici concetti, rimane ora a sapersi che cosa per *diritto privato* propriamente si debba intendere.

Chi dicesse essere il diritto privato un gius fra i privati, nulla ancor direbbe circa la vera e intrinseca natura di quel diritto. I caratteri meramente estrinseci non fanno conoscere l'essenza delle

cose, e non dispensano quindi dal ricercarla per sè medesima, e per altre vie. Sono anzi i primi non altro che effetti della seconda, non è già questa effetto di quelli. Che cosa sia diritto privato, in che cosa esso differenzii dal pubblico, si deve desumere da essenziali caratteri del primo, e non dall'indole delle persone fra le quali esso di preferenza intercede. Ciò è tanto vero, che relazioni di diritto privato si dànno moltissime anche fra i privati da una parte e lo Stato dall'altra, come p. e. negli svariatissimi contratti coi quali lo Stato o si procaccia materiali cose, o sfrutta i beni proprii, o semplicemente mira ad un lucro.

Getta luce sul delicato problema la romana sapienza, in quell'altro dettato di Ulpiano nella *l. 1, § 2, D. de just. et jure: jus privatum est quod ad singulorum utilitatem spectat.* È diritto privato, e dicesi oggi *civile* in lato senso, quello che ha per oggetto l'utilità degli uomini. Il diritto non è l'utilità, ma è utilità; ciò intendeva Ulpiano sedici secoli fa, e ciò intese pure e pose in chiaro nel secolo scorso il Romagnosi, il quale diceva essere il diritto una utilità, una *forza utile regolata.* Ogni *privato o civile diritto è pretesa di una di quelle utilità, che l'uomo per natura sua apprezza, ricerca, fruisce.* Sono queste utilità l'oggetto del diritto privato, ed esse tanto facilmente si riconoscono, quanto la stessa umana natura, a cui servono. Epperò al vero risponde la detta definizione, ed è desunta da un carattere essenziale della pretesa giuridica, cioè dall'oggetto di questa, il quale oggetto è per natura sua ben chiaro e determinato.

Sarebbe un errore il credere che a contraddistinguere il *diritto privato* si dovesse aver riguardo al titolo ond'esso proviene, che cioè il diritto privato fosse sempre e necessariamente un diritto proveniente da un *titolo giuridico-privato.*

Imperocchè non è possibile formulare un concetto razionale, ben definito, del *titolo giuridico-privato* in generale.

Sulle prime può sembrare che sia tale concetto quello stesso dei negozii giuridici posti in essere fra privati al diretto scopo di costituire diritti. Ma l'apparenza svanisce al riflettere che non pochi diritti privati non provengono da siffatti negozii. Per esempio il danno dato ingenera il diritto privato o civile del risarcimento; or chi vorrà chiamar negozio il danno dato, e propriamente il danno extracontrattuale?

Sostituiremo al concetto di negozii giuridici quello più gene-

rale e più semplice di atti o fatti della vita privata degli individui?

Certamente sono titoli giuridico-privati tutti quegli atti o fatti della vita privata, dai quali provengono, sia agli individui agenti, sia a terze persone, pretensioni ad una qualunque umana utilità. E convengo che, a tutti quegli atti e fatti riferito, il concetto del titolo giuridico-privato abbraccia tanto i veri e proprii negozii posti in essere al diretto scopo di acquistare o trasmettere un qualche diritto, quanto quei meri fatti unilaterali, dai quali un diritto proviene ad altrui senza la volontà o contro la volontà dell'agente, quanto finalmente quei fatti, od anche quelle semplici condizioni di fatto di una o più persone, per cui queste acquistano un diritto verso di una terza per mera volontà ed opera della legge; come p. es. il matrimonio della figlia, cui la legge desse diritto di essere dotata dal padre, o la parentela, congiunta colla miseria di un parente a cui la legge dà diritto di alimenti in confronto di altri parenti.

Ma in così general modo definito il titolo giuridico-privato, valor razionale non gli si può attribuire, e inoltre non pochi diritti privati rimangono all'infuori di esso e gli sfuggono.

E di vero, poichè quel concetto comprende tanto quei fatti od atti della vita privata, dai quali provengono diritti per virtù propria dei primi, cioè i veri e propri negozii giuridici, quanto quegli atti o fatti dai quali i diritti provengono per virtù di legge, senza la volontà o contro la volontà, e persino talvolta all'insaputa di coloro che devono prestare l'oggetto della giuridica pretensione, ne consegue che sia impossibile ravvisarvi una vera e propria causa determinante generale dei diritti privati, una tale origine di questi, che ne sia in pari tempo una sostanziale qualifica, aggiunta a quella che dal loro oggetto deriva. La virtù comune infatti, per cui i diritti ad umane utilità possono nascere da cotanto svariate contingenze della vita privata, non è sempre insita nella nozione di queste, non è sempre necessità logica, o espressione di una relazione fra il *fatto* e la *regola*, come fra causa ed effetto.

E mentre così poco di intrinseco e di veramente causale contiene il concetto generale del titolo giuridico-privato, riferito a tutti gli atti e fatti della vita privata, onde provengono giuridiche pretensioni a umane utilità, esso è ancor lontano dall'abbracciare

tutte le pretensioni o diritti di tal genere, che fra le persone possono intercedere. Può darsi invero che un privato abbia un diritto di indole privata in confronto dello Stato per occasione di atti e fatti di questo, tutti proprii di lui, quale è p. es. la espropriazione per causa di pubblica utilità. Codesti diritti, che si dovrebbero dire privati o civili per l'indole del loro oggetto, non emanano certamente da atti o fatti di privati, e quindi nel suaccennato concetto del titolo giuridico-privato non possono essere inclusi. Or si potranno anch'essi riputar privati, benchè i titoli o fondamenti loro non siano atti o fatti privati, e non si possano racchiudere insieme con questi in un astrattissimo concetto di titolo giuridico-privato, o non lo si potranno per questo solo motivo?

Dovremo noi cioè tentare di costruire una definizione ancora più astratta del titolo giuridico-privato, nella quale si possano includere tutti quanti i diritti degli individui a umane utilità, provengano essi da atti o fatti dei privati, oppure provengano da atti dello Stato o di altre pubbliche persone, e proprii per natura loro esclusivamente di queste, e per tal guisa riputare privati tutti questi diritti? Oppure dovremo tali reputare soltanto i diritti della prima categoria? O finalmente dovremo tener ferma la prima delle anzidette due conclusioni, e rinunciare in pari tempo al sovraenunciato proposito di distinguere fin dall'origine o titolo loro quelle pretensioni a umane utilità, che hanno indole di diritti privati, da quelle che non sono tali?

Al primo di questi tre partiti non è certamente possibile che noi ci appigliamo.

Poichè infatti si è veduto impossibile ridurre a concetto generale, scientifico, genetico, tutti i privati diritti aventi origine da contingenze della vita privata, non è ella ancor più manifesta siffatta impossibilità di fronte alla totalità non solo dei diritti privati aventi quella origine, ma di quelli eziandio che ne hanno una affatto differente, provengono cioè da atti pubblici dello Stato o di altre pubbliche persone? No, non esiste, nè si può in alcun modo costruire un concetto generale di titolo giuridico-privato, avente scientifico valore, tale cioè che porga un comune fondamento razionale, una qualifica essenziale e originaria di tutti quanti i diritti privati concreti. Ha potuto sulle prime sembrare che a tale concetto si arrivasse, restringendo la nozione del giure privato

a quei diritti soltanto, che hanno origine da atti o fatti della vita privata, ma subito si scorse che codesta restrizione era affatto arbitraria, e, come tale, non racchiudeva in sè un criterio di classificazione razionale, intrinseco, genetico.

Che se nel titolo loro i diritti privati nascenti dalle svariatissime contingenze della vita privata non presentano nessun carattere originario comune, che si possa dire essenziale, neppure è possibile il secondo partito, distinguere cioè e separare affatto da quella categoria di privati diritti gli altri, che nascono da atti pubblici dello Stato, o di altre pubbliche persone, Poichè sono in sostanza anch'essi pretensioni ad umane utilità, non si può esitare un istante ad abbracciarli tutti quanti nel generale concetto di diritti privati.

Rimane quindi che i diritti privati si qualifichino e si contraddistinguano avendo riguardo non già al loro titolo, ma bensì e soltanto al loro oggetto, cioè si riputino diritti privati *tutte le pretensioni dalla legge riconosciute, e in questa radicate, a umane utilità, in confronto di chicchessia*, *e per occasione di atti e fatti di qualunque specie, siano appartenenti alla vita dei privati, o siano atti e fatti proprii, o politici, dello Stato o di altre pubbliche persone.*

E umana utilità s'intende utilità sentita dall'individuo, considerato soltanto come uomo, cioè ogni utilità che fa parte del suo essere fisico, e del suo patrimonio morale ed economico. Sono tali tutte quelle utilità che il cittadino ha comuni col forestiero, il quale è appunto equiparato al cittadino nei diritti civili. E le sorgenti loro possono ritrovarsi in atti, fatti, relazioni fra privati e in relazioni fra privati e lo Stato o con altre pubbliche persone, tanto se le une e le altre relazioni attengano, quanto se non attengano, al diritto pubblico. Imperocchè anche gli effetti morali, fisici, patrimoniali, che all'individuo provengono da relazioni d'ordine pubblico, sia con altri individui, sia collo Stato, fanno parte, attiva o passiva, del suo patrimonio, come uomo, sono utilità e danni umani, che egli semplicemente come uomo ha risentiti.

Quando l'oggetto del diritto non è una vera e propria utilità, nel senso sopradetto, il diritto non è privato, anche se ad un privato individuo appartenga. Chi p. es. può dubitare che non sia diritto pubblico, piuttosto che privato, la giuridica pretensione ad

un avanzamento d'impiego, ad una perequazione o diminuzione d'imposta? Reciprocamente, solo quando l'oggetto della pretensione è una umana utilità nel sopradetto senso, il diritto è civile o privato, anche se la persona, cui appartiene, non è un privato individuo, ma lo Stato od altra persona pubblica, come un Comune od una Provincia. Onde p. es. è diritto privato quello dello Stato di esigere il prezzo delle cose da lui vendute, o il fitto degli immobili locati da lui, perchè, nell'atto di esigerle, codeste utilità sono per lui quello che sarebbero per ogni privato, ed hanno quindi in quell'atto e momento il carattere di umana utilità. Non è invece privato diritto, ma pubblico, quello dello Stato di percepire le imposte, perchè queste sono bensì utilità, ma per lo Stato soltanto, non aventi nessun riscontro nella vita degli individui, i quali nulla conseguir possono da altrui gratuitamente, se non per virtù di un dovere morale di una persona verso di un'altra, sanzionato dalla legge.

Riconosco che talvolta non è facile il distinguere fra le utilità umane, vere e proprie, oggetto di privati diritti, e le utilità proprie dello Stato, oggetto di diritti pubblici. Per esempio, mentre è, per l'oggetto suo, diritto pubblico l'imposta, e non è, come già dissi, privato il diritto ad una diminuzione d'imposta, è invece privato il diritto alla restituzione di un'imposta indebitamente pagata; e mentre è diritto pubblico quello dello Stato di impedire ai cittadini la escavazione dei terreni dentro una zona circostante la via pubblica, è invece diritto privato quello dei cittadini di essere indennizzati dallo Stato del valore del minerale rimasto sepolto in quella zona, ed appartenente ad una miniera già conosciuta ed intrapresa a scavare quando la via pubblica venne costruita. Ma non è poi troppo difficile capire il perchè siano diritti privati gli anzidetti, pure così strettamente collegati, e quasi a contatto con pubblici diritti, e il perchè quelli e non questi possano essere materia di giudiziaria competenza. Il cittadino che domanda una restituzione di imposta non dovuta, o il risarcimento di un danno indirettamente cagionatogli da un provvedimento amministrativo, fa valere in sostanza e vuole rispettata e ristabilita l'integrità del suo patrimonio materiale, il quale è utilità umana per eccellenza, perchè è la somma di tutte quante le utilità di questo genere. E come negli addotti esempi, così in infiniti altri, se non è sempre facile, non è però mai troppo difficile il discer-

nere, per l'oggetto suo, e propriamente per essere o no questo oggetto una umana utilità, il diritto privato del pubblico. Nè mai è necessario ricorrere a cavilli per applicare un concetto di natura sua chiaro e concreto quant'altro mai. E appunto perchè chiaro e concreto è il concetto di umana utilità, oggetto del diritto privato, non è necessario che nella nozione di questo diritto l'elemento individualità-subbietto venga assunto in altro significato, fuorchè generale, sicchè indifferentemente convenga alle individualità private naturali, a quelle private morali, e a quelle di ordine pubblico. Non è a dire che il concetto dell'individualità privata naturale, o dell'uomo, non abbia proprio nulla che fare con quello del diritto privato; no, davvero; la stessa definizione di quella che si dice umana utilità, lo esclude. Imperocchè per comprendere ciò che siano le utilità umane, bisogna sempre necessariamente riferirle, e non ad altri riferirle, fuorchè all'uomo vero e naturale. Di guisa che se una di quelle utilità spetta come diritto ad una individualità privata fittizia, o ad una individualità politica, come p. es. allo Stato, queste non si possono intendere nè pensare subbietti di quel diritto, se non come imitanti e raffiguranti in quel momento la vera e naturale persona umana. Da ciò consegue però che il concetto dell'individualità naturale, o dell'uomo, non entra nè può entrare in quello generale del diritto privato, se non in quanto è compreso e immedesimato nello stesso concetto dell'oggetto di quel diritto, e ne costituisce una implicita determinazione.

A nessuno può sfuggire la importanza delle cose fin qui dette nel determinare l'orbita e l'estensione degli studi intorno al diritto civile.

Poichè il diritto privato è dappertutto, dove una individualità umana, od altra, la quale, sia pure per un momento, la imiti, ha una legittima pretensione da far valere ad una qualunque utilità della naturale e comun vita degli uomini, ne consegue che noi possiamo e dobbiamo andare in traccia dei privati diritti in tutti quanti i campi del vivere sociale, in tutte quante le sfere dell'ordine giuridico. Non nel solo Codice civile, nè soltanto nella cerchia delle relazioni di diritto e di obbligo fra private persone, si ritrovano i materiali degli studi nostri; le leggi e le relazioni di ordine pubblico fra i privati e lo Stato od altre pubbliche persone, ce ne forniscono del pari, e, se noi poniamo mente all'indirizzo

presente delle legislazioni degli Stati civili, si incamminano a fornircene sempre più. Noi possiamo volontariamente escludere dai nostri studi talune relazioni giuridico-private e fra privati, perchè le consideriamo semplici applicazioni e modificazioni di più generali forme dello stesso genere, possiamo, p. es., separare dal gius civile propriamente detto, il gius commerciale, perchè ed in quanto consideriamo questo come una sottospecie di quello. Ma se può esser lecito il semplificare, e, per così dire, scorciare, il contenuto del diritto privato fra privati, non lo è invece nè lo può essere lo escludere dal campo del diritto privato in generale le relazioni giuridico-private nascenti da relazioni di diritto pubblico fra gli individui e lo Stato od altre pubbliche persone. Codesta esclusione sarebbe una vera mutilazione del gran corpo del gius civile, sarebbe inammissibile conseguenza del gravissimo errore additato e combattuto sopra: che il diritto privato sia sempre una conseguenza logica del suo titolo, e che per costruire un generale concetto di titolo giuridico-privato, debbasi rinchiudere tutto quanto il gius civile nella sola sfera degli atti e fatti della vita privata.

Vere e fondate mi paiono tutte queste illazioni, ma altrettanto vero mi sembra che ad esse non rispondono affatto le idee e i propositi degli odierni civilisti. Io, che pur non sono secondo a nessuno nella devozione al Diritto Romano, che sono profondamente persuaso essere a dirittura nonsenso un preteso gius civile moderno, che a quello non si innesti, e non abbia comuni le sue radici con quello, non esito però a dire che la odierna giurisprudenza civile non risponde nè al bisogno nè allo spirito dei tempi, nè allo spirito del romano diritto, quando persiste nello assegnare al giure privato gli stessi confini che i Romani gli assegnavano. Nuovi tempi, nuove idee; lo Stato, come lo intendono i moderni, non è più lo Stato dei Romani; come oggi i cittadini hanno diritti pubblici, che gli antichi non conoscevano, così essi hanno oggi verso lo Stato ragioni di diritto, che gli antichi ignoravano. La vasta e feconda idea di giustizia, di cui i romani giureconsulti furono compresi prima e più che altri mai, estende oggi il suo regno assai più in là che anticamente non si pensasse, nella stessa cerchia delle relazioni fra i privati e lo Stato. Essa ha fatto sorgere e va ogni giorno suscitando e riconoscendo nuovi diritti, d'indole privata, dei cittadini verso lo Stato, in ragione della stessa

azione propria di questo su quelli, e quale correttivo della medesima, e compenso dei corrispondenti doveri.

Così il diritto odierno accompagna alla espropriazione per causa di pubblica utilità, l'obbligo nello Stato di rimborsare pienamente l'espropriato, e quest'obbligo è certamente di privato diritto. Così la legge italiana sul contenzioso amministrativo tiene obbligato lo Stato a prestare al privato i civili effetti degli atti amministrativi, a rigore del diritto civile ordinario. E così oggi vi hanno molte leggi, le quali obbligano lo Stato a risarcire, a termini del gius comune, i danni dati ai privati dai pubblici funzionari nell'esercizio delle loro attribuzioni, e, dove queste leggi ancor non esistono, vengono universalmente invocate. E così ancora il retto e comune senso della giustizia avvicina nella maggior parte degli Stati il giorno in cui le leggi provvederanno al civile risarcimento delle vittime degli errori giudiziari, e anche a quello dei danneggiati in guerra dai nemici dello Stato. E anche questi ultimi provvedimenti non vi ha dubbio che per natura dei loro oggetti ingenerano nei cittadini diritti di ordine privato, e che per conseguenza rientrano o rientreranno anch'essi nella grande orbita del giure civile.

Chi può dubitare che gli addotti esempi non rivelino una intiera provincia degli studi nostri, sconosciuta agli antichi, e, più ancora, una provincia che tende ogni giorno ad allargarsi, che ha, come suol dirsi, per sè l'avvenire? E come è egli possibile, di fronte a così grande e certo fatto, persistere più a lungo nell'assegnare alla scienza del civile diritto non altra orbita che quella delle relazioni private fra uomo e uomo?

Non mancano, a dir vero, nello stato attuale della giurisprudenza, isolati accenni a questo nuovo campo del diritto civile, di cui io vado ragionando. Principalissimo fra gli altri è quello che si racchiude nella mentovata disposizione della nostra legge sul contenzioso amministrativo. Ma egli è ormai tempo che anche in questa materia l'accenno faccia luogo a seria attenzione, il presentimento vago, a definiti concetti.

E non è soltanto un interesse scientifico, quello a cui io mi richiamo in questo momento. Altrettanto chiara è l'importanza pratica del concetto che io vado propugnando. Imperocchè quale è la ragione potissima del così lento progresso della legislazione nella parte che riguarda i diritti privati dei cittadini, nascenti da atti

pubblici dello Stato? Per quale motivo, p. es., si fanno così pochi reclami in Italia, e meno assai che in qualche altro paese, affinchè la legge provveda alla responsabilità civile dello Stato pei danni recati ai cittadini dai funzionari pubblici nello esercizio delle loro attribuzioni? La ragione, la causa non è altra che il silenzio di coloro, che per l'indole dei loro studi sarebbero di preferenza chiamati a parlare e reclamare, dei cultori del diritto civile; il quale silenzio è alla sua volta il naturale effetto dell'antica e comune abitudine della mente, di non concepire diritti privati se non come dialettiche conseguenze di relazioni di indole privata, anzichè ravvisarli e rintracciarli dovunque li fanno sorgere e li collocano le supreme ragioni della giustizia, in chicchessia, e contro chicchessia, e per ragione di qualunque specie di atti e fatti, leciti o illeciti, unilaterali o bilaterali, pubblici o privati.

Gli stessi ripetuti tentativi, quasi sempre vani, della nostra giurisprudenza in questi ultimi anni, onde appagare le esigenza della giustizia universale nel già accennato argomento della responsabilità civile dello Stato per titolo di danno dato ai cittadini da funzionari pubblici nell'esercizio delle loro attribuzioni, sono in qualche modo una pratica riprova della necessità di dare al concetto del diritto civile quella maggiore ampiezza, che io vado propugnando. In questi tentativi ebbi anch'io la mia parte, ed io non mi voglio qui accingere a giustificarli. Ma se anch'essi fossero veramente a dirsi troppo arditi, non proverebbero essi proprio nulla? Essi proverebbero sempre che la coscienza giuridica del paese e del tempo non tollera affatto che, p. es., avendo un cancelliere giudiziario trafugato somme depositate presso di lui legalmente dalle parti, queste non debbano essere indenizzate da nessuno, cioè non lo debbano dallo Stato, che pure ha costituto quel funzionario, e obbliga i cittadini a farlo depositario del loro danaro, e di seguirne la fede. E di fronte a codesta solenne manifestazione della coscienza pubblica egli è certamente più facile a sperarsi che il legislatore italiano non indugi troppo a provvedere, seguendo l'esempio già dato da altri legislatori, di quello che se quella testimonianza fosse mancata. E se gli interpreti del Codice civile dovessero realmente persuadersi che nè nell'anzidetta questione, nè in altre congeneri, è possibile argomentare dalle disposizioni di quello circa consimili fatti e relazioni tra privati,

rimane però sempre ad essi il dovere di cooperare al *jus condendum*, in nome dei più generali principii del diritto, in nome cioè di quella universale giustizia, che tanto alle relazioni fra privati presiede, quanto a quelle fra privati e Stato, e, lo ripeto, non tollera arbitrari confini al gius civile, per quanto antichi essi siano, e da lunga e generale abitudine custoditi.

Il Talmud e il Codice Civile Italiano in materia di diritto matrimoniale e famigliare.

Gli ebrei di Tunisi sono quivi regolati, nelle loro famigliari relazioni, dal diritto ebraico. Conseguentemente, in virtù dell'art. 6 del Titolo preliminare del Codice civile italiano, se di tali relazioni fra tali persone debba conoscere un giudice italiano, questi dovrebbe certamente applicarvi i principii del diritto ebraico-tunisino. Ciò posto, potrà il giudice italiano negare il diritto agli alimenti alla prole nata da un tale matrimonio, in confronto dell'avo paterno?

Rispondono alcuni di no, perchè il matrimonio di un ebreo con una cristiana è nullo per il Talmud vigente a Tunisi, ed oltracciò il diritto del Talmud neppure ammette azione alimentare dei nipoti contro l'avo.

Che per diritto talmudico il matrimonio dell'ebreo con una non ebrea sia nullo, anzi impossibile persino ad effettuarsi colla necessaria formalità dei *Kidduscim*, e destituito di ogni effetto, non è a dubitarsi. Vi fu bensì qualche rabbino, il quale tentò e fece veri sforzi per attenuare la proibizione talmudica fra ebrei e *Gojm*, ma non riuscì a sottrarre alla medesima i matrimoni fra ebrei i cristiani. Tale p. es. il Fassel, Rabbino superiore di Gross-Kanischa, nell'ottimo suo tentativo di ridurre il diritto civile mosaico-rabbinico a codice compilato a similitudine dell'austriaco (*Das mosaische-rabbinische civilrecht*. Vienna, 1852). Partendo dal canone di Maimo-

nide e dell'Eben-Haêser (4ª parte del Schulchan-Aruch), che " non ci può essere valido matrimonio fra ebrei e idolatri „, egli (§ 65 i. n.) si propone la questione se questa proibizione concerna anche il matrimonio fra ebrei e popoli che, pur professando l'unità di Dio, invocano, oltre a questo, anche intermediarî, intendendo per questi popoli i cristiani, ma non osando dirlo, e risponde non già che fra ebrei e cristiani si possa conchiudere valido matrimonio secondo il Talmud, ma soltanto che, conchiuso, vale, e può sussistere. E che il Talmud sia legge imperante, religiosa-civile, per gli ebrei di Tunisi, e di altri paesi barbari o barbareschi, è cosa non dubbia.

Ma qui io faccio subito un inciso, specialmente opportuno ai tempi che corrono. In una relazione peritale del Rabbino Magrini, pubblicata a Livorno (1893) in occasione della causa Semama-Stracca, si dice (pag. 117): " il Talmud è considerato come un commentario del vecchio Testamento, e, come tale, è la base del giudaismo, la sorgente principale delle sue ispirazioni, la chiave della sua filosofia „. E molti autorevoli scrittori dicono lo stesso; mi basti citare EISENMENGER nella celebre opera *Il giudaismo svelato*, pubblicata sin dal secolo decimosettimo, e ripubblicata non ha guari a Dresda dal Dott. SCHIEFERL (*Entdektes Iudenthum*. Dresda, 1893). " Il Talmud babilonese (non quello gerosolimitano) è considerato, egli dice, dagli ebrei come una delle due loro leggi, cioè come la legge orale aggiunta alla scritta, che sono i cinque libri di Mosè. Il compilatore del Talmud, e propriamente Rabbi Jehuda Kànasi, che ne scrisse la prima parte, la *Mischna*, nell'anno 150 d. C., e Rabbi Aschi, che ne scrisse la seconda, la *Gemara*, interpretazione dottrinale della prima, e tutti i rabbini prima e dopo i suddetti, insegnarono che a Mosè sul monte Sinai furono rivelate insieme il Pentateuco e la *Mischna*, come leggi tutte egualmente obbligatorie, ma coll'ordine di scriverne allora subito la prima, riservando alla tradizione orale la seconda, affinchè non accadesse che, conosciuta dai non ebrei anche la seconda parte, avessero gli israeliti ad essere disprezzati, e considerati come forestieri „ (l. c., p. 1-6). E v'ha di più. Il Talmud insegna altresì che i precetti suoi, quelli della tradizione orale, devono prevalere a quelli della legge scritta, dovunque discordino (ib., p. 6 segg.). Se tutto ciò è vero, dovrebbe conseguitarne che anche gli Ebrei d'Italia dovessero ritenere, almanco nel foro della coscienza, che

non solo matrimonio valido non ci possa essere a nessun patto fra ebrei e cristiani, e che l'avo non sia tenuto ad alimentare i nipoti bisognosi orfani, ma altresì che siano obbligatori tanti altri precetti talmudici ispirati all'odio e al disprezzo dei non ebrei, e dei cristiani in particolare, cominciando da Gesù Cristo! (V. EISENMENGER *passim*). Ma il diffondersi codesta notizia fra i Cristiani non sarebb'egli uno spianare la via all'antisemitismo anche in Italia, il rappresentare gli ebrei italiani come nemici giurati, per obbligo di religione, dei loro compatrioti perchè non ebrei, e perchè cristiani? La tremenda guerra contro gli ebrei, che si fa ogni giorno più estesa in Austria, Germania, Russia, non è essa appunto combattuta con armi desunte principalmente dal Talmud? Bisogna essere ben poco informati di questo curioso episodio della storia contemporanea, e della già quasi colossale letteratura che vi si collega, per ignorarlo (1).

Ma io debbo protestare, in nome della pace pubblica, contro l'anzidetta supposizione, per quanto essa appaia astrattamente giustificata. Non è da credersi che gli israeliti italiani accettino realmente il Talmud, qualunque sia teoricamente l'autorità religiosa di questo strano libro. Può ben darsi infatti che l'insegnamento teologico accolto realmente da un popolo di credenti rimanga al di qua di ciò che vorrebbero i maestri, e questo caso si dà certamente rispetto agli ebrei d'Italia e al Talmud. Se in Germania furono udite l'anno scorso dichiarazioni di questo genere per parte degli ebrei di quel paese, combattute soltanto da alcuni rabbini per debito d'ufficio, tanto più è a ritenersi tal cosa rispetto agli israeliti italiani. Ciò perchè il rapporto in cui si trovano gli israeliti col popolo italiano è ben altro e migliore che non altrove. Siano le condizioni economiche dell'Italia, o sia la più profonda civiltà, e la maggiore virtù assimilatrice della nostra nazione verso elementi etnici eterogenei, il fatto si è che fra noi, all'infuori della vera e propria cerchia religiosa, gli israeliti sono più sinceramente sentiti e trattati come concittadini, ed essi medesimi si sentono e si addimostrano tali in ogni cerchia della vita civile, più di quello che in qualunque altro paese. È una verità codesta, osservata già

---

(1) Recentemente l'insegnamento del Talmud è stato proibito dal Governo badese nel seminario rabbinico di Gailingen.

da A. Leroy-Beaulieu (*Israel chez les Nations*, pag. 383). Onde viene che, se l'antisemitismo si capisce in altri paesi, certamente esso non ha oggi, e speriamo non abbia ad aver mai senso nè ragion d'essere in Italia.

L'assoluta impossibilità e nullità in particolare del matrimonio dell'israelita col cristiano, che il Talmud insegna, mentre non la insegna invece nessuna fede cristiana (1), non è certamente a reputarsi articolo di fede professato dagli israeliti italiani. Se essi professassero codesta enormità talmudica, od altre dello stesso genere, non potrebbero essere quello che sono in realtà, concittadini affratellati con tutti gli altri per il bene della patria, pur serbando anch'essi, come gli altri, la fede e il culto dei loro avi. Saranno essi, per qualche rabbino, eterodossi, karaiti (ebrei osservanti la sola legge scritta nel Pentateuco), forse senz'accorgersene; ciò che a loro più importa è di essere ad un tempo israeliti e cittadini italiani. Tutto ciò è a ritenersi per certo; ma se vi fosse d'uopo di qualche esplicita e autorevole testimonianza dal seno stesso degli ebrei, neppur questa mancherebbe. Ricorderò soltanto ciò che dice l'esimio giurista V. Polacco in suo recente libro (*La questione del divorzio e gli israeliti in Italia*, 1894, pag. 41). " Il Talmud... è, si può, dire, sconosciuto alla turba dei fedeli, pur intendendo parlare di quelli che non abbiano trascurato nella loro giovinezza, nè lascino trascurare dai loro figli lo studio delle sacre carte; chè come tali si leggono nei templi, e nelle scuole si insegnano soltanto i libri immortali del Pentateuco, e (se pur vi si giunga) qualche parte della Bibbia. Fra gli stessi rabbini..., non sono molti quelli che sappiano perfettamente orientarsi in quel labirinto, e possano con sicurezza segnare i confini fra le prescrizioni talmudiche da ritenersi tuttora imperanti, e quelle oramai abolite, che in quel gran corpo di dottrine e di norme rimangono come organi del tutto atrofizzati „. E ancora aggiungerò, a conferma di quanto ho detto sopra, che non solo alcuni principî del Talmud, ma anche della stessa Bibbia, sono stati abbandonati coll'andar del tempo, e per necessità di convivenza coi popoli cristiani,

(1) È noto che il Pontefice può dispensare dall'impedimento della diversità di culto, anche fra ebrei e cristiani, e che Leone XIII, nell'alto suo sentimento umanitario, più spesso de' suoi predecessori accordava tali dispense.

dagli israeliti, non solo in Italia, ma in tutti i paesi civili; ad esempio la poligamia, che certamente la Bibbia non condanna, perchè la praticarono i Patriarchi. Qual difficoltà ci può essere ad ammettere che gl'israeliti moderni, in Italia specialmente, possano avere ed abbiano di fatto abbandonato ogni e qualunque incivile precetto talmudico, ad esempio quello appunto della impossibilità assoluta del matrimonio fra ebrei e cristiani, una volta che, per la stessa cagione, cioè per affratellarsi coi loro concittadini cristiani, essi hanno abbandonato persino qualche incivile principio del Pentateuco?

Ritorno ora alla quistione; mi domando cioè se, dato che in virtù del Talmud un ebreo tunisino non possa contrarre valido matrimonio con una cristiana, e neppure sia obbligato ad alimentare i nipoti bisognosi, cotesti principî giuridici si possono far valere in Italia in virtù dell'art. 6 tit. prel. cod. civ. it., o se osti all'invocazione dei medesimi l'art. 12 (*ibid.*). Quest'ultima opinione è la mia.

E di vero, il giudice italiano non può non sentire una profonda ripugnanza a sentenziare nullo e non avvenuto un matrimonio civilmente contratto fra un ebreo e un cristiano; ripugnanza nascente dal contrasto di tale sentenza con quel principio della neutralità della legislazione civile italiana di fronte alle differenze di culto e di razza, che di fatto è uno dei più fondamentali su cui quella legislazione riposa. Se non fosse l'art. 12 del titolo preliminare del codice civile, il giudice italiano dovrebbe pur troppo far violenza a sè medesimo, porre in disparte la detta ripugnanza, e dichiarare la detta nullità; ma poichè esiste quell'art. 12, egli non può che prevalersene, e deve anzi prevalersene per rifiutarsi a quella dichiarazione. A che cosa infatti servirebbe l'art. 12, se a quel fine nel caso in questione non si potesse invocare? Questo articolo statuisce " non potersi in nessun caso (in virtù dei precedenti articoli, tra i quali è l'art. 6) derogare alle leggi italiane riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume ". Ora, una dichiarazione del giudice italiano, che sia nullo un matrimonio contratto all'estero fra ebrei e cristiani, o sudditi italiani, o forestieri domiciliati in Italia, sarebbe certamente contraria all'*ordine pubblico* italiano. Imperocchè l'ordine pubblico mentovato dall'art. 12 non consiste soltanto nelle leggi concernenti i veri e proprî rapporti giuridico-pubblici dei cittadini collo Stato, o le

funzioni vere e proprie dello Stato e degli organi di questo, ma consiste altresì nelle leggi che concernono atti e relazioni giuridiche private, e in qualsiasi modo determinano o limitano la umana libertà, in nome e in vista di un interesse pubblico qualunque (Cass. Firenze, 12 dic. 1895). Fra tali relazioni vi ha certamente il matrimonio, e certamente la legge italiana, che ammette e riconosce come valido il matrimonio fra ebrei e cristiani, è una legge d'ordine pubblico in materia privata, una di quelle leggi, quindi, a cui l'art. 12 non ammette deroga in virtù di leggi estere, e dell'art. 6 che lo precede.

Che cosa si può dire, per sostenere il contrario?

Che coll'azione di nullità del matrimonio in questione non si tende a far produrre alla legge estera o tunisino-talmudica in Italia un effetto contrario all'ordine morale o pubblico italiano, e quindi all'art. 12 tit. prelim. cod. civ., ma piuttosto a impedire che si dia a quel matrimonio un effetto che la detta legge estera gli nega; sicchè nella invocata sentenza del giudice italiano sia impossibile riscontrare una *deroga* nel senso di detto articolo.

Ma quest'obbietto, per essere ingegnoso, non ha valore che in apparenza. Se non è infatti un effetto *positivo* che si vuol dare in Italia alla legge matrimoniale talmudico-tunisina in un punto in cui essa offende il diritto pubblico italiano, è però un *atto positivo* che al giudice italiano si domanda nella stessa dichiarazione del nessun effetto positivo della detta legge estera, e questo *atto positivo* è appunto interdetto al giudice italiano, perchè egli non lo potrebbe fare senza porre in non cale un principio del nostro diritto matrimoniale, che al giure pubblico italiano strettamente attiene, senza *derogare* a un tale principio, e quindi senza contravvenire al più volte mentovato art. 12.

L'obbietto suaccennato si risolve, fra le altre cose, anche in una inammissibile equiparazione di una sentenza giudiziale italiana, che pronunciasse la nullità di un matrimonio per l'addotto motivo, ad una sentenza, italiana del pari, che si limitasse a dare esecuzione a una dichiarazione di nullità di matrimonio per lo stesso motivo, pronunziata da un giudice estero competente. Certamente questa dichiarazione di esecutorietà potrebbe pronunciare il giudice italiano senza offendere l'art. 12, nello stesso modo in cui egli è oramai pacifico nella nostra giurisprudenza potersi in Italia dare esecuzione ad una sentenza di divorzio pronunziata fra forestieri

da giudice competente forestiero, mentre una tale sentenza non potrebbe essere pronunciata in Italia neppure tra forestieri. Ma in questi casi il giudice italiano non fa un vero e proprio atto positivo suo, poichè si limita a riconoscere e rendere efficace un atto positivo, una sentenza di un giudice forestiero. Non *deroga* egli quindi a nessuna delle leggi italiane accennate nell'art. 12, facendosi strumento della giustizia estera, mentre vi deroga, e si fa invece egli stesso strumento della legge estera, se questa, come nel caso Semama-Stracca, sia in contraddizione con una di quelle leggi.

Or se in Italia il matrimonio di un ebreo tunisino, contratto a Tunisi con una cristiana, è valido non ostante che pel diritto ebraico-tunisino non lo sia, ne consegue che ogni naturale ed essenziale effetto del matrimonio secondo il diritto italiano, debba essere in Italia regolato da questo diritto. E in particolare l'obbligo degli alimenti dell'avo verso i nipoti. Ciò in virtù, in pari tempo, degli articoli 138 cod. civ. it., 3, 12 del titolo preliminare di questo Codice.

Dell'impotenza manifesta, causa di nullità del matrimonio.

L'art. 107 del Codice civile ital. statuisce che l'impotenza, in base alla quale può domandarsi la nullità del matrimonio, sia *manifesta*, *perpetua*, *anteriore* al matrimonio. Di questi tre caratteri, il primo è il principale e fondamentale, ed or che cosa ha voluto propriamente significare il legislatore italiano coll'espressione *impotenza manifesta*?

Egli non può sicuramente avere inteso altro, se non quella impotenza, di cui i periti si sono accertati colla ispezione e collo studio della condizione fisica e fisiologica della persona in quistione. E i segni della manifesta impotenza il legislatore non può non aver lasciato determinare e apprezzare liberamente ai periti, giusta gli insegnamenti della scienza e della esperienza.

Codesta indeterminata libertà della scienza nel ricercare e statuire i segni e le forme varie dell'impotenza è ormai riconosciuta dalla giurisprudenza nostra.

È questa oramai pacifica nel ritenere che la impotenza manifesta può tanto essere *strumentale* quanto *funzionale*. Per *strumentale* intendesi l'impotenza causata da deficienza o mala conformazione degli organi genitali, per *funzionale* quella causata da ostacoli fisiologici, invincibili, di qualunque genere, all'uso delle parti genitali, specialmente maschili, nell'atto della generazione.

Dichiarò la Cassazione di Firenze in una sentenza 11 giugno 1883

(*Ib.*, vol. XXXVI, 1, 39), che " i segni dell'impotenza possono anche essere interni, nascosti, anatomici e fisiologici, purchè constatati direttamente, e sperimentalmente, e purchè non equivoci e sicuri nell' importanza e nel significato loro „. E in un'altra sentenza, 28 giugno 1888 (*Ib.*, vol. XLI, 1, 69), la stessa Cassazione dichiarò che, quantunque sia normale l'esteriore conformazione delle parti genitali, " ai periti deve essere lasciato libero il campo di fare le loro osservazioni e deduzioni scientifiche „. Similmente dichiarò la Cassazione di Palermo, 7 marzo 1889 (*Ib.*, vol. XLII, 1, 548), " che per essere manifesta l' impotenza non esclude induzioni da fatti accertati, e ritenuti scientificamente dai periti „. E la Cassazione di Napoli, con sentenza 5 novembre 1891 (*Ib.*, vol. XLIII, 1, 680), dichiarò che " l' impotenza manifesta può dipendere non solo da viziosa conformazione, ma anche da cause *fisiologiche* che rendano gli organi genitali inadatti alle loro *funzioni*. Consuonano con questi giudicati moltissimi altri, che è superfluo lo enumerare.

In tal guisa la giurisprudenza nostra, in materia di *impotenza manifesta* matrimoniale, ha tolto ogni barriera, ha dischiuso in ogni senso alla scienza antropologica e fisiologica un campo, giuridico, in cui essa sola può e deve imperare. Ogni nuova scoperta, ogni nuovo criterio che negli ulteriori e indefiniti suoi progressi la scienza potrà fare nella materia delle relazioni di causa ad effetto fra l'idoneità dell' uomo e della donna, strumentale o funzionale, all'atto generativo, e qualsivoglia condizione o modalità dell'organismo umano, in qualunque parte di questo, può trar seco un responso giudiziale, quale ha di mira il legislatore nell'art. 107. Responso basato su *fatti manifesti*, cioè *direttamente* e materialmente *constatati* dal perito nell'uomo o nella donna, così come questi furono da natura costituiti, senza concorso di nessuna opera loro, e responso esprimente, sulla fede della scienza sperimentale, una sicura relazione, di fatto, di causa ad effetto.

Notevole è da tale punto di vista una sentenza della Corte di Appello di Milano 5 dicembre 1892 (*Giur. ital.* XLIV, 1, 2, 135). Ella ritenne, giusta un parere del celebre prof. Porro, manifesta l' impotenza funzionale desunta dalla scarsità della rete venosa sul membro virile, alla scarsa irrorazione sanguigna del piccolo pene, dalla poca sporgenza del glande, dalla debolezza delle arterie e delle vene di scarico del sangue raccolto nei corpi cavernosi al momento dell'erezione. Non credo che la tesi accolta dalla Corte

di Milano lo sia stata accolta prima da altri giudicati. Ma essa lo sarà di certo in non pochi casi avvenire, nei quali non ci sarebbe salvezza per le povere mogli, se continuassero a dominare nella giurisprudenza le ristrette idee di un tempo intorno alla impotenza manifesta funzionale; nei quali in altri tempi si ricorreva alla laida prova del congresso, abbandonata e proscritta dalla odierna civiltà.

Della impugnativa di una legittimità basata sul possesso di stato e sul conforme atto di nascita (Cod. civ., art. 173-174).

Questa grave questione è stata oggetto della celebre lite Lambertini-Antonelli. Giustamente celebre lite, sia per l'obbietto suo, sia perchè tanta pertinacia, tante sottigliezze furono spese *hinc et inde* dagli avvocati e consulenti, a tanta tortura furono messi per ben dieci anni i cervelli dei giudici, quante ben di rado in altre liti agitate in Italia dopo l'attuazione del codice civile. Ben *otto* sentenze vi furono pronunziate, delle quali *tre* dalla Cassazione di Roma, 28 giugno 1879 (*Ann. Giur.*, XIII, 1, 429), 1° aprile 1882 (*Foro it.*, 1883, 1, 65), 7 maggio 1888 (*Foro it.*, 1, 6). Per verità, dopo la prima sentenza della Cassazione di Roma, nessuno si aspettava che la parte attrice potesse immaginarsi di riuscire per altra via alla mèta che le avevano precluso le due sentenze del tribunale e della Corte d'appello di Roma, 20 febbraio e 16 novembre 1878; che potesse immaginarsi di provare la propria filiazione, anche soltanto naturale, con sole testimonianze e interrogatorii, senza principio di prova scritta; che potesse immaginarsi di impugnare di falso un atto dello stato civile, mentre non asseriva false le dichiarazioni fatte all'ufficiale dello stato civile dai comparenti!

Intorno alle molte questioni subordinate, oltre alla principale, suscitate dalla causa Lambertini-Antonelli, io ebbi già a pronunciarmi: più volte, sia in apposite memorie, sia in note giurisprudenziali a sentenze emanate nella causa (V. *Foro italiano*, 1885,

1, 415). Le opinioni da me propugnate e da altri, sono state successivamente accolte e non accolte da sentenze di vario grado, e taluna ebbe anche ad essere successivamente accolta e abbandonata dalla Cassazione di Roma. Quali siano i risultati scientifici di tante discussioni e decisioni, sembrami opportuno ricercare ed esporre.

Un primo risultato posto in sodo dall' andamento e dall' esito della lite è il seguente.

La prova orale, appoggiata a principio di prova scritta od agli altri elementi probatorii accennati nell'art. 174 capov. del cod. civ., è indispensabile a chi impugna la legittimità basata sull'atto di nascita e sul conforme possesso di stato, tanto se egli allega sostituzione o supposizione di parto, quanto se querela di falso l'atto di nascita. Ciò è stato dichiarato dal tribunale di Roma, 20 febbraio 1878, dalla Corte d'appello di Roma, 16 novembre 1878 (*Ann. Giur.*, 1878, III, 428), dalla Corte di Bologna, 5 dic. 1884 (*Foro it.*, 1885, 1, 415) e dalla Cassazione di Roma, 7 maggio 1888 (*Ann. Giur.*, 1888, I, 1, 195).

Un altro risultato pure assodato è questo: che la querela di falso non può adoprarsi contro l'atto di nascita confermato dal possesso di stato, in quanto entrambi conferiscono lo stato di figlio legittimo. Ciò dichiararono la Corte di Bologna, 5 dicembre 1884, e la Cassazione di Roma, 7 maggio 1888.

Ma è pur troppo anche un altro risultato delle varie e lunghe vicende della lite suddetta l'incertezza in cui tuttora è lasciata la giurisprudenza rispetto al punto principalissimo: se cioè l' impugnativa, nei casi di sostituzione o supposizione di parto, dello stato di filiazione legittima costituito dall'atto di nascita e dal conforme possesso di stato, possa farsi al solo scopo di conseguire un altro stato di legittimità, od anche per acquistare uno stato di figlio naturale. La prima opinione, da me pure propugnata in una memoria prodotta in causa, ebbe per sè il suffragio della Cassazione di Roma, 28 giugno 1879, e della Corte di appello di Roma, 1° aprile 1882, e, contro, il suffragio di queste due medesime Corti, 7 maggio 1888, 16 novembre 1878, nella stessa causa Lambertini-Antonelli. Si direbbe fatto apposta per questa causa il dettato: *habent sua sidera lites!*

La grave quistione è dunque aperta, ed io insisto nel ritenere vera la prima delle due opinioni, e falsa la seconda.

Ed ecco le ragioni che io adduco a sostegno della mia opinione, e alle quali non sembranmi avere validamente risposto, nè la Corte d'appello di Bologna nel 1884, nè le Corti d'appello e di Cassazione di Roma nel 1888 e nel 1878.

Se l'azione, accordata dall'art. 174, potesse avere per oggetto la figliazione naturale, dovrebbe restringersi *di regola* alla sola maternità, e non estendersi anche alla paternità, essendo la ricerca della paternità vietata dall'art. 189, ad eccezione di due soli casi, Ma l'art. 174 parla di *prova* di *figliazione* in generale; e dunque questa generale espressione non può riferirsi che ad una filiazione legittima. Ed io intendo parlare di *azione diretta*, di ricerca *immediatamente* rivolta all'oggètto di che si tratta. In *via indiretta* la paternità e la maternità naturale potrebbero essere domandate e ricercate dai figli contemplati dall'art. 174 *in un solo caso* assai difficile ad avverarsi. Tale sarebbe quello di non riuscita dimostrazione di legittimità, per esser nullo il matrimonio degli asseriti genitori, e ambedue costoro in mala fede rispetto alla causa di nullità. Di questo caso riparlerò più sotto, ma sin d'ora osservo che appunto per essere cosiffatta dimostrazione della *figliazione naturale*, oltre che infrequente di sua natura, un mero risultato *indiretto*, non preveduto, di una ricerca di filiazione legittima, non può affatto essere messa in conto da chi attribuisca al legislatore l'intendimento di accordare ai figli contemplati nell'art. 174 la ricerca della *filiazione naturale*, nè da chi discuta intorno all'ammissibilità di tale intendimento. Questo dovrebbe riferirsi ad una *diretta e principale* ricerca di quella figliazione, ma in realtà non può di regola riferirsi, come dissi, fuorchè ad una ricerca di *naturale maternità*.

A conferma dell'anzidetto vogliansi distintamente considerare quattro casi enunciati nell'art. 174, quello cioè " di mancanza dell'atto di nascita e di possesso di stato ", quello di " figlio inscritto sotto falsi nomi ", che non sieno però nomi di genitori legittimi, e quello di " supposizione o sostituzione di parto ".

Quanto ai due primi casi, parmi impossibile che l'azione per dichiarazione di maternità *naturale* sia avuta di mira dall'art. 174, una volta che quest'azione in tutti quei casi è ammessa già dall'art. 190. Ed ella vi è certamente ammessa, in virtù della generalità della locuzione " le indagini sulla maternità sono ammesse ", locuzione, la quale abbraccia tutti i possibili casi di impugnativa

della maternità, e quindi, oltre a quelli anzidetti, anche altri, come per esempio l'impugnare una maternità naturale basata sul solo riconoscimento, o sul solo possesso di stato, o su ambedue questi fondamenti insieme. E propriamente la prova della *maternità* naturale è ammessa dall'art. 190, in ogni caso e per regola generale, per mezzo di quella stessa prova testimoniale, corroborata da un principio di prova per iscritto, che l'art. 174 consente nei casi che ha di mira. Ora può egli ritenersi che il legislatore abbia ripetuto il medesimo concetto, la medesima disposizione in due articoli così poco distanti l'uno dall'altro? Peggio ancora, che egli abbia voluto regolare la ricerca della maternità naturale sotto la rubrica della figliazione legittima, mentre sapeva che a distanza di pochi articoli egli doveva svolgere la rubrica della figliazione naturale? Non è egli più ragionevole ipotesi, ed anzi la sola ragionevole, il ritenere che il legislatore abbia voluto a parte statuire le regole probatorie della maternità *legittima*, e quelle della maternità *naturale*?

Quanto ai due ultimi casi, che sono appunto quelli intorno ai quali verteva la controversia Lambertini-Antonelli, ai casi cioè di supposizione e di sostituzione di parto, la dottrina che la eccezione fatta in essi dal legislatore al principio generale dell'art. 173, abbia esclusivamente di mira il surrogare alla figliazione legittima già posseduta, un'altra dello stesso genere, perde ogni pretesa gravità, ed apparisce anch'essa ragionevole e plausibile, quando si rifletta alle circostanze che sogliono accompagnarne la maternità naturale, che dovrebbe servire a far comparire figlio legittimo chi non è stato partorito dalla moglie. Le madri illegittime sono quasi sempre povere disgraziate, sedotte, abbandonate da egoisti senza coscienza, protetti dal divieto della ricerca della paternità. Or quando una di queste infelici, spinta in pari tempo dalla vergogna e dal bisogno, e lottando contro il più santo degli istinti, nascose il suo fallo e il disonore del figlio dietro il finto parto legittimo di un'altra donna, qual motivo mai può avere il figlio di far onta al proprio nome, di non rispettare un sì compassionevole mistero, fuorchè un turpe calcolo d'interesse? Che ora il legislatore abbia inteso di permettere ciò, non può credersi al certo.

Quali argomenti si adducono in contrario?

Anzitutto è stato osservato più volte, e ultimamente dalla Cassazione romana, 7 maggio 1888, che concetto predominante nella

materia della figliazione sia “ la preferenza data ad uno stato certo e vero, anzichè ad uno stato incerto e falso „.

Nulla vi ha di più erroneo di proposizione siffatta, ove s'intenda erigerla in regola assoluta ed ineccepibile.

Egli è ignorare o dimenticare la lettera e lo spirito, non solo delle leggi italiane, ma di tutte quante le leggi intorno alla famiglia, asserire che esse non sieno, oltre che dal riguardo alla verità, anche da riguardi di pubblica convenienza ispirate, e che i riguardi della seconda specie non prevalgano talvolta su quelli della prima. Forse che la stessa presunzione *pater est*, ecc., su cui riposa giuridicamente la famiglia, è il risultato di una verità constatata di caso in caso? Sono forse in omaggio alla verità obbiettiva le restrizioni apposte dal legislatore all'esercizio dell'impugnativa della paternità legittima per parte degli eredi del marito (art. 176, cod. civ. ital.), e dell'azione di reclamo dello stato legittimo per parte dei discendenti e degli eredi del figlio (art. 178 ib.)? La stessa limitazione del diritto di impugnare uno stato di figlio legittimo, basato sull'atto di nascita e sul possesso di stato, al solo caso di iscrizione sotto falsi nomi, o come prole di genitori incerti, o di supposizione o sostituzione di parto, intorno ai quali tanto si quistiona, è forse suggerita dal riguardo alla verità e certezza della paternità? Forsechè siffatta impugnativa non sarebbe possibile obbiettivamente, anche per altri titoli oltre a quelli? Ma se non è vero, se è, invece, falsissimo, che il riguardo alla verità e certezza della procreazione sia criterio predominante nelle leggi concernenti la figliazione, ne consegue manifestamente che la dottrina che io combatto, in quanto è basata su quella falsa premessa, riducesi ad una gratuita asserzione.

Negli altri loro argomenti gli avversari confondono ciò che io ho dimostrato doversi tenere distinto, rimangono nel vago dove io dimostrai doversi determinare e precisare i concetti. Vengo a comprovare codeste non lievi censure.

Mentre io ho detto doversi anzitutto distinguere i casi di supposizione o di sostituzione di parto, dagli altri accennati dall'articolo 174, poichè nei primi casi soltanto quest'articolo stabilisce propriamente un'eccezione al precedente art. 173, gli avversari invece mettono in un fascio gli uni cogli altri, e quindi vengono ad affermare anche dei primi tutto ciò che in generale può dirsi soltanto dei secondi, e ciò che dei secondi non si può dire fuorchè

per errore. Parecchi passi della sentenza della Cassazione di Roma 1° aprile 1882 potrei addurre a riprova di quanto asserisco, ma può bastare il più eloquente di tutti, quello dove è detto: " se dunque chi si trova sfornito di atto di nascita di figlio legittimo, o sia riportato sui registri dello stato civile con falsi nomi, o come figlio di genitori incerti, non è escluso dal potere, nei sensi e modi di legge, provare la sua figliazione naturale, non è escluso del pari chi, pur fornito di apparente titolo di figliazione legittima, ne dimostri la falsità provando la sostituzione o supposizione di parto ".

La confusione fra le anzidette due diverse specie di casi non potrebbe essere più manifesta. Chi ha mai detto, e chi mai può dire che i figli iscritti sotto nomi di genitori che non esistono affatto, o come figli di genitori incerti, o i figli mancanti affatto di iscrizione come tali, non debbano poter dimostrare altra figliazione fuorchè la legittima, che vale per coloro i quali, avendo uno stato di legittimità basato sull'atto di nascita e sul possesso, lo impugnano, allegando supposizione o sostituzione di parto, e facendo quindi eccezione alla regola dell'art. 173 in nome dell'art. 174? La limitazione in discorso vale soltanto pei figli della seconda categoria, appunto perchè soltanto essi, ricercando una figliazione diversa da quella che posseggono, fanno eccezione alla regola dell'art. 173.

A torto adducesi come motivo dell'erronea equiparazione delle due categorie di casi, affatto diversi, il riflesso che, una volta provata colla supposizione di parto la falsità dell'atto di nascita, colui al quale tale atto si riferisce, non si trova in una condizione migliore di chi manca affatto di quest'atto, o ne possiede uno falso sotto altro rapporto. Quest'argomento si risolve in una petizione di principio, quando non sia un altro non piccolo errore. Imperocchè, ove gli avversari non intendano, ciò che io non mi permetto davvero di supporre, che la supposizione o sostituzione di parto si possa far valere dal figlio legittimo in base all'art. 174, indipendentemente dalla dimostrazione di un'altra figliazione, l'asserire che quest'altra figliazione non debba essere la sola legittima, è, attesa l'affatto diversa condizione in cui versano i figli della seconda categoria, da quella dei figli della prima, precisamente ciò intorno a cui si discute, o *quod erat demonstrandum*.

Confuse le due categorie dei casi, facile fu poi l'estendere

alla seconda ciò che di vero e di falso si afferma rispetto alla prima.

E di vero, dichiarò ripetutamente la citata sentenza: “ i figli destituiti di atto di nascita, o iscritti sotto falsi nomi di genitori, o come nati da genitori incerti, possono ricercare tanto una figliazione legittima, quanto una figliazione naturale „. E soggiunse che il negare tale principio sia: “ escludere la possibilità di trovare chi potesse avere il diritto di reclamare la paternità naturale nei casi pronunziati dall'art. 189, o di rinvenire la propria madre ai sensi dell'art. 190 „, e quindi “ uno sconvolgere tutto il sistema della figliazione della prole nata fuori del matrimonio „. Chi non sa tutto questo? Ma chi debba additare i passi di legge, in cui questo sta scritto, non ha d'uopo certamente di valersi dell'art. 174 del cod. civ. La facoltà di ricercare una figliazione naturale è data indubbiamente ai figli in discorso dagli art. 189 e 190, come sopra ho dimostrato, la facoltà invece di ricercare una figliazione legittima è data a quei figli dall'art. 174, il quale fa parte del titolo che tratta esclusivamente di quella figliazione. L'art. 174 non può essere addotto per rivendicare ai figli in discorso la facoltà di ricercare la figliazione naturale; quest'ultima facoltà spetta loro certamente, ma non ha che fare coll'argomento di quell'articolo. E appunto perchè quest'articolo concerne soltanto la ricerca della figliazione legittima per parte dei figli in discorso, devesi ritenere, ritorcendo contro gli avversari il loro proprio argomento, che il medesimo articolo deve pur concernere quella sola ricerca anche per parte dei figli di quella seconda categoria, cioè di quelli che impugnano la loro legittimità per titolo di supposizione o sostituzione di parto.

Non ha poi valore alcuno il riflesso che, se ai figli in discorso venga negata la facoltà di ricercare oltre ad una figliazione legittima, anche una illegittima, di poco vantaggio riesca loro l'articolo 174, attesochè “ di rado accade che i figli legittimi vengano iscritti nei registri dello stato civile con falsi nomi, o come figli di genitori incerti „. Questo argomento, oltre all'essere estrinseco affatto e futile di sua natura, è anche destituito di pratico valore, perchè smentito dai fatti. Si pensi che a Milano, prima dell'abolizione della ruota, sopra quasi 1200 esposti annui, più della metà erano legittimi?

Hanno dunque gli avversari voluto leggere nella prima parte

dell'art. 174 più di quello che esso contiene rispetto ai figli senza stato; e come essi avevano altresì già erroneamente stabilito che ciò che in quell'articolo vale per quei figli, si possa estendere ai figli legittimi i quali facciano valere la supposizione e sostituzione di parto, sono venuti ad accordare ai figli della seconda specie quella facoltà di ricusare la figliazione naturale che, per essere attribuita ai figli della prima specie da un altro passo di legge, dall'art. 190, il quale esclusivamente li concerne, è anche esclusiva prerogativa di quelli.

Confusione dei figli legittimi, affermanti supposizione o sostituzione di parto, coi figli destituiti affatto di stato personale; confusione di quello che ai figli della seconda categoria accorda l'art. 174, con ciò che accorda l'art. 190, ma non affatto l'art. 174; la somma di tutti questi errori, il frutto di tutti questi abbagli della mente è la conclusione degli avversari. Essa è chiaramente condannata dalla stessa sua genesi, la quale è in pari tempo ottima riprova della dottrina contraria, costruita per mezzo di un procedimento razionale affatto opposto al suddescritto.

Che cosa si vuol significare colla espressione *ricerca della filiazione naturale* in generale, alla quale ricerca si dice aver diritto, in virtù dell'art. 174, tutte le categorie dei figli che questo articolo concerne?

Impropria al certo è quell'espressione in un sistema giuridico come l'italiano, nel quale soltanto la maternità naturale può di regola essere ricercata, la paternità soltanto per eccezione nei casi di ratto e di stupro violento, nei quali casi, quantunque l'articolo 189 parli di ricerca della paternità, pur nondimeno ciò che il figlio naturale dimostra è soltanto il ratto o lo stupro della madre sua, e la paternità ne consegue per mera virtù di una presunzione di legge. In che senso dunque gli avversari hanno inventato e adoperato quella nuova locuzione?

Essi hanno voluto indicare e abbracciare in tal guisa, oltre alla ricerca ordinaria e regolare della maternità naturale, anche tutti i casi *propri* ed *impropri* in cui per eccezione si dice ammessa la ricerca della paternità naturale. Imperocchè *veri e propri* casi eccezionali di ricerca della paternità naturale non sono che i due soli enumerati nell'art. 189, del cod. civ.; e soltanto *impropriamente*, come bene osserva l'illustre F. Bianchi (*Corso elem.* vol. III, p. 839), si possono dire casi di ricerca della paternità quello in

cui si disputi sulla identità di una persona riconosciuta legalmente come figlio naturale, o quello in cui la paternità si deduca dal matrimonio dei genitori, dichiarato nullo e concluso in mala fede da ambe le parti, o quello in cui si voglia dare la prova dell'avvenuto riconoscimento in seguito a smarrimento o distruzione del relativo atto. I miei avversari comprendono espressamente fra i casi di ricerca di paternità naturale anche il secondo fra i tre *impropri* or ora accennati, e ve ne aggiungono anche un altro, *ancor più improprio*, quello cioè in cui, in sèguito a non riescita dimostrazione della figliazione reclamata, il padre naturale si risolva ad un riconoscimento spontaneo. E ancora un altro caso, davvero *il più inammissibile di tutti*, sembrano quei giureconsulti avere aggiunto agli anzidetti, ma di quest'ultimo dirò più sotto. Tutti quei casi di cosidetta ricerca di paternità naturale, oltre ai *propri*, ed oltre a quelli di ordinaria ricerca di maternità naturale, la dottrina che io combatto mette in un fascio, e intende contemporaneamente designare colla espressione *ricerca della figliazione naturale*: di tutti quei sì eterogenei e sparsi elementi essa compone il concetto di un *diritto di ricerca di figliazione naturale*, che fa riscontro a quello del *diritto di ricerca di figliazione legittima*, e che essa applica egualmente a tutte le categorie di figli designati dall'art. 174, interpretato nel modo che ho descritto sopra.

Come ho già osservato, codesto concetto, tanto erroneamente costruito nell'interpretare l'art. 174, prescindendo dall'assoluta inapplicabilità sua nella causa Lambertini-Antonelli, è poi per sè medesimo in ogni altro caso applicabile in parte soltanto, e non già così generalmente come i miei avversari asseriscono. E propriamente esso è applicabile in tal parte soltanto, che si possa dire mancato affatto il suo scopo, inutile il non lieve sacrificio di intellètto che esso ha costato.

E di vero, per ciò che riguarda la maternità naturale, si può in astratto pensare che i figli legittimi, di cui si tratta, possano tanto offrirne la prova direttamente, quanto indirettamente, cioè non riuscendo in una dimostrazione di maternità legittima. Imperocchè, se si confronta l'art. 174 coll'art. 190 del cod. civ., si scorge, come già dissi, che le stesse prove valgono per dimostrare la maternità naturale, in difetto di riconoscimento, e quella legittima in difetto di testimonianza, dell'atto di nascita. Ma rispetto alla prova della paternità nei casi eccezionali, propri, enumerati

dagli avversari, non possono le cose camminare nello stesso modo. Fra i modi impropri ve ne ha uno, il quale per la natura sua non può certamente approdare ai figli in discorso, fuorchè in sèguito ad una ricerca non riuscita di paternità e maternità legittima, diversa da quella già posseduta, ed è il caso già accennato più sopra, quello cioè della paternità naturale risultante, in un colla maternità, dal matrimonio degli asseriti genitori legittimi dichiarato nullo e in mala fede concluso da ambedue i coniugi. Ma gli altri modi e casi eccezionali di prova della paternità naturale, tanto gli impropri, oltre quelli accennati dianzi, quanto i propri dell'art. 189, quando potranno essere adoperati dai figli in questione? Li potranno essi adoperare indifferentemente in una originaria ricerca di figliazione legittima, che non riesca, ma degeneri in una dichiarazione di maternità e di paternità naturale, oppure in una originaria ricerca di paternità naturale?

La questione è grave assai, poichè la soluzione di essa manifestamente decide della sfera di applicazione, e della reale importanza del diritto rivendicato dai miei avversari ai figli in quistione, di *ricercare*, come essi dicono, una *figliazione naturale* anzichè una legittima.

Dice, p. e., la ricordata sentenza della Cassazione romana: " i figli contemplati nell'art. 174, valendosi della facoltà (erroneamente desunta dall'art. 174) di reclamare tanto una figliazione legittima, quanto una naturale, si atterranno alle regole del cap. 2, tit. 6, lib. I del cod. civ., se reclamano la prima, alla regola del cap. 3 di quel titolo e libro se reclamano la seconda ". Questo sembra un discorso chiaro, ma non lo è affatto. Imperocchè, quanto alla ricerca di una figliazione naturale in particolare, e più particolarmente ancora, di una paternità naturale, il cap. 3 non la considera negli eccezionali casi dell'art. 189, se non come un'azione diretta e principale, avente quell'obietto. Epperò quel discorso viene a significare che i figli legittimi in questione possono tanto provare la paternità naturale non riuscendo nella prova di una paternità legittima, quanto lo possono con un'azione diretta e principale a quello scopo. Ma come è mai possibile conciliare siffatta dottrina col testuale disposto dell'art. 174, il quale dice che la prova della figliazione può farsi mediante testimonianza convalidata da principio di prova scritta? Come mai deve essere necessario il principio di prova scritta, onde dimostrare il ratto e lo

stupro? Ciò è perfino ridicolo a pensare. Rispetto adunque alla ricerca della paternità naturale in particolare, non ha senso il discorso della detta sentenza, che i figli contemplati nell'art. 174 possano *ricercare la figliazione naturale* colle regole del capo 3, tit. 6, lib. I del cod. civ.

E tanto è vero che non ha senso, che la Cassazione medesima lo smentisce in tutto il rimanente della sua argomentazione. Non lo smentisce apertamente, perchè la Corte non seppe mai risolversi in questa causa a parlare altrimenti che in modo ambiguo, ma se vi ha un'induzione plausibile da tanta ambiguità, e da altrettanta sconnessione d'idee, gli è appunto questa, che, in concreto, in definitiva, la Corte non si rappresentò la ricerca della figliazione naturale da lei erroneamente permessa ai figli legittimi per atto di nascita e possesso di Stato, in virtù dell'art. 174, se non come risultato di una non riuscita prova di legittimità. Una volta anzi questa confessione è scappata detta abbastanza chiaramente alla Corte, colle parole: " l'ipotesi più *praticamente* possibile, contemplata dal legislatore è quella che *in definitivo* sarebbesi potuto constatare una figliazione naturale anzichè la legittima desiderata ", e poche righe più sopra: " nell'ordinarietà dei casi il reclamo di figliazione legittima, a coloro che sono indicati nell'art. 174, può avere un esito ben diverso da quello pel quale l'*azione fu istituita* ". Dunque non ricerca *diretta* di figliazione naturale, nè, in particolare, di paternità naturale. Ma allora perchè il suddetto rimando al cap. 3, del lib. I?

In conclusione, chi sostiene la tesi che io vado combattendo, consente ai figli legittimi in quistione il diritto di ricercare una figliazione naturale, nel senso e nei casi seguenti: *a)* ricerca della maternità naturale, tanto in via diretta e principale, quanto in via indiretta e secondaria; *b)* ricerca della paternità naturale, come risultato della non riuscita prova della figliazione legittima, essendo dimostrato nullo, e in mala fede contratto da ambedue i coniugi il matrimonio della pretesa madre legittima; *c)* ricerca della paternità naturale per dimostrato ratto o stupro violento dell'asserita madre legittima; *d)* ricerca della paternità naturale per spontaneo riconoscimento del padre, in sèguito a non riuscita dimostrazione della figliazione legittima. Ora dei detti tre altri casi di ricerca della paternità naturale il primo solo è possibile, gli altri due sono di un'assurdità crescente dal secondo al terzo.

Possibile è al certo che una supposizione di parto legittimo si compia col concorso di altri genitori uniti in matrimonio, e questo matrimonio può anche essere nullo, con mala fede di entrambi i coniugi, sicchè il figlio nato dal medesimo, e identificato, risulti in pari tempo non appartenere a quelli che fin ora apparvero suoi genitori legittimi, ed essere invece prole naturale dei suoi genitori veri. Converrà però ognuno che, casi di questo genere non possono accadere fuorchè molto raramente. Ma che la pretesa madre legittima, sia poi anche una donna maritata, la quale prima del matrimonio sia stata rapita o violentemente stuprata dal marito suo, e il figlio nato in conseguenza di questi fatti sia stato ceduto ad un'altra madre legittima per via di supposizione di parto, è una fattispecie codesta, assurda del pari in sè medesima e in relazione al fine per cui venne immaginata. A quale scopo il matrimonio del rapitore o dell'autore dello stupro colla donna rapita o stuprata, se non per legittimare il figlio di entrambi, e come mai, dopo aver fatto tutto ciò, far sparire il neonato per supporre il parto di un'altra donna? Certamente i miei avversari suppongono che il figlio della rapita o stuprata non sia stato riconosciuto prima del matrimonio dai genitori suoi, nel qual caso egli avrebbe cessato di essere figlio illegittimo di queste persone. Che se quei giureconsulti suppongono che il ratto o lo stupro siano stati provati, fallisce egualmente lo scopo della loro strana immaginazione, perchè quella prova, al pari dello spontaneo riconoscimento, tramuta il figlio naturale in figlio legittimo, e quindi trasforma l'asserita ricerca di paternità naturale, in ricerca di figliazione legittima.

L'ultima delle tre ipotesi suddette, benchè non assurda intrinsecamente, è però impossibile anch'essa per una ragione giuridica invincibile, oltre ad essere ipotesi difficile ad avverarsi in linea di fatto. Imperocchè, cominciando da quest'ultimo punto, ben raramente può accadere che un padre naturale aspetti a dichiararsi tale soltanto dopo che è dimostrato non essere figlio di una donna maritata il proprio figlio naturale, che egli permise a questa di far supporre da lei generato, e poi di fare anche sparire, per via di supposizione di parto di un'altra donna maritata.

Ad uno solo adunque si riducono i pretesi casi di ricerca della paternità naturale, resi possibili dall'art. 174 del Cod. civ., ai figli legittimi che impugnano la loro legittimità, e ricercano una figliazione contraria alla medesima, allegando supposizione o sostituzione

di parto. E quell'unico è il caso primo dei tre anzidetti, cioè la dimostrazione della paternità naturale, risultante dalla nullità del matrimonio e dalla mala fede di entrambi i coniugi, di cui il figlio in questione reclama la legittima figliazione.

Finalmente è risultato conforme di tutte quante le otto sentenze pronunziate in causa Lambertini-Antonelli, che gli art. 173, 174, cod. civ. it. si applicano non meno ai figli nati o concepiti avanti l'attuazione di esso, che a quelli nati o concepiti dopo, e che l'art. 7, disp. trans. civ. 20 novembre 1865, in quanto richiama le leggi anteriori, non ha inteso di richiamare in vigore nessuna antica disposizione contraria agli art. 173, 174 cod. civ., o limitativa di questi articoli. E questa tesi ho io pur sempre propugnata, affermando non già che l'art. 173 è d'ordine pubblico, ma piuttosto invocando il generale canone della dottrina della retroattività delle leggi (V. la mia *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. 2°, pag. 195, 3ª ed., 1897), che le nuove leggi in materia di ricerca o impugnativa di stato personale sono per loro natura retroattive, si applicano cioè anche ai casi anteriori, non decisi nè dedotti in giudizio, a meno che il legislatore espressamente ciò indichi. Ora l'art. 7 delle Disp. trans. civ. 30 novembre 1865 dice bensì che gli art. 189, 190, e la prima parte dell'art. 193 del cod. civ. non si applicano ai nati o concepiti prima dell'attuazione di questo Codice, ma non dice lo stesso rispetto all'art. 173, e ai successivi articoli, che al primo derogano in parte, sicchè i nati e concepiti prima dell'attuazione del Codice civile possano, invocando il diritto anteriore, emanciparsi totalmente dal divieto dell'art. 173.

Trasmissibilità dell'azione di figliazione naturale ai discendenti ed agli eredi del figlio naturale.

Se l'azione per reclamare la maternità naturale e la paternità naturale, nei casi in cui essa è ammessa dalla legge, non fatta valere dal figlio, possa esserlo dai discendenti legittimi, o dagli eredi non discendenti di quello, è questione spesso e variamente risoluta da tribunali e da scrittori in Italia e fuori. La tesi della trasmissibilità dell'azione in discorso ha favorevoli in Italia: Pacifici-Mazzoni (*Istit.*, 2ª ed., n. 2951), e Bianchi (*Corso elem. di dir. civ.*, III, p. 798 seg.), il quale però non la consentirebbe a favore degli eredi non discendenti; e in Francia: Laurent (*Princ. de dr. civ.*, IV, p. 10, 1 seg.), Demolombe (V, n. 524), Marcadé (II, art. 342, n. IV), Caurroy (*Comm.*, I, n. 5021), Arntz (*Cours de dr. civ. franc.*, I, n. 610), Richefort (*De l'état des familles*, II, n. 537); — ha contrari in Italia: Ricci (*Corso di dir. civ.*, I, 289; *Giurispr. it.*, 1881, I, 204, 1883, II, 264) e Borsari (*Comm.*, I, § 464 e 773; e in Francia: Cadrés (*Traité des enf. nat.*, n. 311), Dalloz (*Rép.*, voce *Paternité et filiat.*, n. 635, 660). È stata poi accettata in Italia dai seguenti giudicati: Corte di Trani, 22 luglio 1882 (*Giurispr. it.*, 1882, II, 264), Corte di Napoli, 13 marzo 1874 (*Annali*, 1874, 536), Cassazione di Napoli, 16 dicembre 1875 (*ib.*, 1876, 582), Corte di Genova, 23 febbraio 1885 (*Giurispr. it.*, XXXII, II, 2041), Cassazione di Torino, 28 luglio 1883 (*Annali*, 1883, I, 439), Corte di Lucca, 27 febbraio 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 564), Corte d'appello

di Torino, 27 dicembre 1887 (*ib.*, 1887, I, 249), Corte d'appello di Roma, 17 dicembre 1886 (...), Corte di Bologna, 26 ottobre 1888 (*Foro it.*, 1889, I, 646). È stata invece condannata dalla Cassazione di Roma con due sentenze 6 febbraio 1888 (*ib.*, 1888, I, 193), 15 marzo 1890 (*ib.*, 1890, I, 802), ambedue emanate in una medesima causa, la seconda a sezioni unite contro la dianzi citata sentenza bolognese, mentre la prima riformò la pur dianzi citata sentenza della Corte di appello di Roma. — In Francia la trasmissibilità in questione è stata quasi sempre negata dai tribunali; vedi p. es.: Corte di Parigi, 16 dicembre 1833, 13 marzo 1837, 29 aprile 1844; Corte di Bastia, 31 marzo 1840; Corte d'Amiens, 25 gennaio 1838, 12 giugno 1823; Corte di Grenoble, 26 dic. 1867; Corte di Rouen, 1° luglio 1831; Cassazione di Parigi, 29 luglio 1862, 10 agosto 1864. — Sicchè può dirsi che nel campo della scienza quella tesi ha in suo favore i più degli scrittori, e nel campo della giurisprudenza ha invece contro di sè la quasi totalità dei giudicati francesi, e fino ad ora la Cassazione romana, e in suo favore la gran maggioranza dei giudicati italiani.

Due specie di considerazioni ed argomenti, di differente importanza, adduconsi contro la trasmissibilità dell'azione di figliazione naturale: le une desunte dalla parola, o meglio dal silenzio della legge; le altre desunte dai principî del diritto. Dirò liberamente il mio avviso rispetto alle une ed alle altre.

Troppo caso mi sembra farsi della omissione, nel Codice albertino dapprima, e poi nel Codice civile italiano, delle parole " dietro domanda delle parti interessate ", che si leggono nell'art. 340 *Code civil*, d'onde furono presi l'art. 185 Codice albertino e l'art. 189 Codice italiano. Mentre infatti quelle parole suffragano potentemente nel *Code civil* l'opinione che anche gli eredi del figlio naturale possano accampare l'azione di figliazione, l'omissione loro invece non può affatto di per sè sola suffragare l'opinione contraria a quella, attesochè essa può spiegarsi molto naturalmente in tutt'altro modo e significato. Egli è cioè lecito, ed anzi, io direi, ovvio a ritenersi, che il legislatore italiano non abbia quelle parole ripetuto, semplicemente perchè le ritenne, ed aveva ragione di ritenerle, affatto pleonastiche e perfuntorie. Non occorre dire infatti che neppure nei casi eccezionali dell'art. 189 la figliazione naturale può essere dichiarata dal giudice se non ne vien fatta espressa domanda, la quale domanda poi non occorre dire neppure

che la promuove chi ha interesse di promuoverla. Attribuire alla omissione in discorso lo scopo e il senso di risolvere una questione, a cui il tenore dell'articolo non porge per sè medesimo nessuna occasione, una questione che neppur dai motivi e dalle discussioni preparatorie del codice apparisce menomamente che sia stata presente al legislatore quando questi formulava l'art. 189, sembrami interpretazione senza fondamento.

Non val meglio l'argomento desunto dall'assoluto silenzio del legislatore circa il passaggio dell'azione in discorso dal figlio ai discendenti o eredi di questo. Il silenzio del legislatore al pari di quello di qualunque altro uomo, non significa nulla, non prova nulla di per sè solo, e dice benissimo la Cassazione di Torino, nella surricordata sentenza, che per applicare rettamente il dettato *ubi voluit dixit* ecc., bisogna procedere con discernimento e non *meccanicamente*. Il silenzio del legislatore non può significare esclusione di un dato concetto, se non quando siavi ragione sufficiente per ritenere che al medesimo egli abbia dovuto rivolgere la sua mente, e se in particolare il silenzio medesimo faccia veramente riscontro ad una espressa enunciazione del concetto in questione in un altro argomento affine. Ora ciò non può dirsi davvero, confrontando soltanto ciò che il Codice civile italiano dispone all'art. 178 in materia di figliazione legittima, col silenzio del medesimo sullo stesso argomento in materia di figliazione naturale.

E di vero, l'art. 178 fa parte del capo II, tit. 6, lib. I, cod. civ., mentre della figliazione naturale è trattato in un capo distinto, che è il capo III dello stesso titolo e libro. Ora a tutti è noto che, mentre completa, o quasi, è nel Codice civile italiano la trattazione della figliazione legittima, quella invece della figliazione naturale è incompleta assai. Riflettasi, per es., al disposto dell'art. 193, che accorda ai figli adulterini od incestuosi il diritto agli alimenti, se appena la paternità o maternità risulti da esplicita dichiarazione dei genitori, mentre l'analoga disposizione non si trova in nessun posto rispetto ai figli semplicemente naturali. Riflettasi al disposto dell'art. 177, che dichiara essere l'azione per reclamare lo stato legittimo imprescrittibile, mentre altrettanto non è detto in nessun posto rispetto all'azione di paternità o maternità naturale. Eppure la soluzione affermativa di entrambe le quistioni è pressochè pacifica nella nostra giurisprudenza. Si comprende poi benissimo come il legislatore sia stato scarso di disposizioni posi-

tive, e così incompleto in materia di figliazione illegittima. Pel Codice civile italiano la ricerca della paternità naturale è di regola proibita, e solo in due casi eccezionalmente ammessa. Di ciò che di rado accade minor pensiero si dànno i legislatori, dei quali si sa che si suol dire: *quod bis aut semel evenit, praetereunt legislatores*. Per codesto motivo egli è a ritenere e ad affermarsi come massima generale, che la procreazione illegittima è di tutte le materie contemplate nel Codice civile italiano, quella in cui è meno frequentemente lecito, e in cui è più pericoloso lo argomentare dal silenzio del legislatore, accompagnato anche dal confronto con disposizioni espresse in argomenti analoghi in materia di figliazione legittima.

Ed è pure di pochissimo valore l'altro argomento desunto dalla *dignità* del genitore naturale. Afferma la Cassazione romana che l'azione di reclamo di maternità o di paternità naturale non può spettare che alla prole, perchè è di sua natura azione pregiudizievole alla dignità dell'asserito genitore naturale. Codesto argomento prova in pari tempo troppo e troppo poco. Troppo, perchè per lo stesso motivo, non si comprenderebbe come mai il legislatore avesse negli art. 167, 178 concesso agli eredi del marito o del figlio di promuovere in loro vece l'impugnativa o la prova della procreazione legittima. Forse che codeste azioni sono meno pericolose per la dignità della madre, di quello che per la dignità di questa e del padre lo possa essere l'azione per dichiarazione di maternità o di paternità naturale? Se il riguardo all'interesse della dignità delle persone fosse di per sè solo decisivo nelle quistioni di interpretazione delle leggi intorno alle prove e alle azioni di figliazione, come si spiegherebbe che il legislatore avesse permesso, senza distinzione di casi, la ricerca della maternità naturale, vivendo entrambe le parti contendenti, i genitori e la prole? Vero è che il riguardo alla dignità delle persone, alla quiete delle famiglie, al pericolo dello scandalo pubblico, contribuì pure a suggerire al legislatore non poche disposizioni restrittive dell'astratta libertà di provare la figliazione legittima e la naturale, per es., quelle degli articoli 189 e 173, ma è ben lontano dall'essere il solo criterio decisivo delle disposizioni della legge in tali argomenti. E da ciò consegue che nell'applicare codeste disposizioni di legge non bisogna dare maggiore importanza al criterio della dignità delle persone, di quella che effettivamente il legislatore vi

ha attribuito. Ed ora, poichè il legislatore ha in due soli casi, i quali sono anche di azione pubblica penale, permessa la ricerca della paternità naturale, non si comprende troppo come mai il decoro dei genitori naturali sia tanto più sacrificato nel caso di una ricerca fatta dai discendenti o dagli eredi della prole, di quello che nel caso di ricerca promossa dalla prole medesima, che la si debba affatto interdire nel primo caso, mentre è ammessa nel secondo esplicitamente dalla legge, la quale non fa parola del primo caso nè per ammetterlo, nè per escluderlo. E mentre il legislatore non interdice in nessun caso la ricerca della maternità naturale, non si comprende come mai il decoro della madre sia tanto più sacrificato nel caso di ricerca fatta dai discendenti o dagli eredi della prole, di quello che nel caso di ricerca fatta dalla prole medesima, che si debba la ricerca interdire nel primo caso, mentre è ammessa nel secondo esplicitamente dalla legge, che del primo caso non fa parola, nè per ammetterlo, nè per escluderlo, E meno ancora si comprende come mai al legislatore italiano debba parere tanto sconveniente e immorale e scandalosa la ricerca della paternità e maternità naturale per opera dei discendenti e degli eredi della prole, mentre lo stesso legislatore non si fa nessun scrupolo di lasciar dimostrare dagli eredi del marito o del figlio la illegittimità di un concepimento di donna maritata, il cui onore non è certamente poco compromesso dalle relative contestazioni. Prova poi troppo poco il riferito argomento della Cassazione romana, perchè esso non varrebbe ad escludere che gli eredi della prole naturale promovessero la ricerca della paternità o della maternità nel caso di morte dei genitori naturali, la cui *dignità* non sarebbe allora certamente più compromessa, o almeno non lo sarebbe tanto, quanto se fossero vivi.

Principale argomento però, e veramente predominante nella sentenza romana, è la premessa, da cui la Cassazione si diparte, che le azioni di stato personale siano di loro natura personali e intrasmissibili, e che soltanto per eccezione l'art. 178 permetta la trasmissione dell'azione di figliazione legittima agli eredi e discendenti del figlio, circondandola di condizioni e restrizioni.

Qui sta veramente il nodo della quistione; ma ciò che la Cassazione romana asserisce come dogma giuridico, e i riflessi con cui lo suffraga, non mi sembrano al di sopra di valide eccezioni.

Le azioni di stato personale non sono di regola trasmissibili agli

eredi: è presto detto codesto, ma è ben ardita proposizione, se si pensa che l'azione di figliazione legittima è trasmissibile agli eredi in tutte le legislazioni contemporanee, e che, se non lo sia anche l'azione di figliazione naturale, è appunto oggetto di quistione; se si pensa che la trasmissibilità delle azioni di stato personale agli eredi era ammessa nel diritto romano, e, fra le legislazioni moderne, lo è pure dal codice civile generale austriaco, come attesta il BASEVI (*Annot. prat. del cod. civ. gen. austr.*, 7ª ediz., Milano, 1889, p. 720).

E quanto al diritto romano in particolare, la Cassazione di Roma afferma bensì il contrario di quanto io asserisco, ma siami lecito rispondere che appunto su questo proposito la sentenza in esame non può non trovare maggiori contradditori, che su tutti gli altri punti. La sentenza cita la legge 13, Cod. *de liberali causa*, dove si legge: *principaliter de statu defuncti agi non potest*. Ma a torto ne desume che le azioni di stato non fossero in diritto romano trasmissibili agli eredi, mentre che trasmissibili esse fossero allo scopo di far valere un diritto ereditario, *propter emolumentum successionis*, come dice la legge 3, Cod. *ne de statu defunctorum praeter quinquennium quaeratur*, lo prova tutto questo titolo, cominciando dalla sua medesima intitolazione.

Il gran motivo della non trasmissibilità delle azioni di stato personale agli eredi, è, per la Cassazione di Roma, " il carattere essenzialmente personale di tali azioni, e la loro totale subordinazione al volere della persona, cui sono dalla legge concesse ". Ma questo è uno spiegare l'*idem per idem*, ed è un gratuito asserire. Addentriamoci nelle viscere dell'argomento.

Che il massimo interesse a farsi dichiarare p. es. figlio legittimo, lo abbia il figlio stesso, ognun comprende; ma che un grande interesse abbia pure uno ad apparire nipote dell'avo suo, dimostrando che figlio legittimo di costui era il proprio padre, nessuno certamente può negare. Che, conseguentemente, debba di regola dipendere dalla sola volontà della persona del cui stato si tratta, il decidere se la relativa azione si debba promuovere o no, apparisce, dallo stesso esempio anzidetto, cosa del tutto inammissibile.

E quale interesse presiede alle azioni per reclamare uno stato personale? Due diversi interessi vi presiedono, i quali possono agire separatamente ed anche congiuntamente. Di fatto cioè, per ritornare all'esempio anzidetto, colui che reclama lo stato di figlio

legittimo può essere mosso soltanto dalla mira di porre in chiaro una parentela e una discendenza onorata, o magari anche illustre, oppure può mirare principalmente alla successione del padre legittimo, ed anche può mirare ad entrambe le cose contemporaneamente. Ed anche il discendente del figlio, che vuol far dichiarare la paternità legittima di questo, può tanto essere mosso da disinteressato scopo di togliere dalla sua provenienza una più o meno lontana taccia di illegittimità, quanto dallo scopo di lucrare l'eredità di un avo, o da entrambi questi scopi contemporaneamente.

Or questi varî aspetti e significati, che di fatto l'azione di stato personale può indifferentemente assumere nella persona del cui stato si tratta, e negli eredi di questa, impediscono manifestamente che l'azione medesima si consideri colla Cassazione romana come spettante di sua natura esclusivamente alla prima di quelle persone. L'art. 178 del Codice civile, in particolare, permette infatti, dentro certi limiti di tempo bensì, agli eredi, che possono anche essere non discendenti, di promuovere l'azione di figliazione legittima che spettava al *de cujus*, colla quale azione essi non possono manifestamente mirare ad altro che ad un vantaggio patrimoniale, e in pari tempo equipara agli *eredi non discendenti*, quelli *discendenti*, pei quali quell'azione non può certamente mirare ad altro che alla soddisfazione morale di purgare la loro provenienza da una macchia di illegittimità. Si pone quindi in contraddizione, oltre che colla ragione, anche colla legge, la Cassazione romana, quando attribuisce alle azioni di stato carattere esclusivamente personale, e quando, per sostenere questa tesi, rappresenta il movente morale, o come il solo, o come quello prevalente in tali azioni.

Io non comprendo come mai la Cassazione romana, invece di por mente al sostanziale contenuto ed effetto dell'art. 178 e di là risalire al concetto del legislatore circa la generale trasmissibilità delle azioni personali, si affatichi nell'arduissima impresa di conciliare quest'articolo col di lei proprio preconcetto: che le azioni personali non siano per natura loro e di regola trasmissibili agli eredi. Deve parere tanto più naturale ad ognuno il desumere dal detto articolo la tesi generale della trasmissibilità ereditaria dell'azione di figliazione legittima, salvo quei limiti di tempo, od altri, che la prudenza suggerisca al legislatore di apporvi, anzichè la tesi contraria, che da quell'articolo verrebbe ad essere non già

limitata, ma addirittura e totalmente contraddetta! E tanto più logico deve parere ad ognuno il valersi piuttosto dell'analogia dell'art. 178 per ammettere anche la trasmissibilità dell'azione di figliazione naturale, della quale il codice nulla dice, anzichè questa seconda trasmissibilità escludere mentre e perchè è ammessa la prima, e quel silenzio interpretare come esclusione, mentre e perchè in argomento analogo il legislatore ha parlato, non già per escludere, ma per affermare e consentire! In realtà, e come ognuno avrebbe dovuto aspettarselo, i ragionamenti della Cassazione per dimostrare che la trasmissibilità ereditaria dell'azione di figliazione legittima, secondo l'art. 178, significhi non potersi in generale le azioni di stato personale trasmettere agli eredi, mi pare zoppicante assai. Dice la Corte che, se l'azione di figliazione legittima fosse naturalmente trasmissibile agli eredi, non si comprenderebbe come e perchè il legislatore facesse cessare questa trasmissione, ove il figlio non l'abbia promossa dentro cinque anni dopo la sua maggior età, o, avendola promossa, ne abbia poi receduto, o abbia lasciato perimere l'istanza. Convengo anch'io che è breve, quel termine dei cinque anni dopo la maggior età; ma per dedurre da ciò che agli occhi del legislatore la trasmissione in discorso fosse anormale, o *non naturale*, sicchè se ne dovessero i casi possibilmente diminuire, bisogna dimenticare che in pratica quei cinque anni ben rare volte trascorreranno inutilmente, e, per conseguenza, in moltissimi casi la trasmissione medesima avrà effettivamente luogo, i quali moltissimi casi non iscorgo davvero come si possano conciliare con quella *non naturalità* in cui la Corte di cassazione si ostina. Una limitazione di tempo certamente conviene alla trasmissione ereditaria delle azioni di stato personale, soltanto al riflettere che, più tardi le medesime vengono promosse, meno facili e meno sicure sono le prove, e quindi maggiori i pericoli di inutili vessazioni e di fallaci decisioni. E da tal riflesso fu certamente mossa la disposizione dell'art. 178; che se i limiti di tempo, fissati da quest'articolo, sono ristretti assai, non è sufficiente ragione codesta per disconoscere la vera origine e il vero carattere di quella disposizione, per sostituirvene uno fittizio ed immaginario. E del pari non è ragionevole reputare intrasmissibile l'azione di figliazione naturale, solo perchè dal codice non si potrebbero desumere limiti di tempo all'esercizio di quell'azione per parte degli eredi o discendenti.

Ma, dato anche, e non concesso, che le azioni di stato personale si dovessero reputare concedute soltanto per uno scopo morale, cui quello patrimoniale non si associ se non come accessorio, verrebbe di qui forse la conseguenza della non trasmissibilità di quelle azioni?

Ho già notato sopra, rispetto all'azione di figliazione legittima, che un interesse morale alla medesima può benissimo avere anche il nipote, cioè il figlio di colui che morì senza avere promosso l'azione; ma forse che non è a dirsi lo stesso rispetto all'azione di figliazione naturale? Pare che la Cassazione romana lo pensi, ma io non ne posso convenire. Io trovo invece che anche a far dichiarare la propria lontana provenienza da una illegittima procreazione vi può essere un interesse morale, come vi è a far dichiarare la propria lontana provenienza da una procreazione legittima e che una tal mira si può e si deve sempre supporre, ed è mero arbitrio volerla negare in un legittimo discendente del figlio illegittimo, quand'anche egli promuova la dichiarazione della figliazione del padre suo, onde pervenire alla eredità dell'avo. Purchè appena l'avo, a cui si vuol risalire, sia una onesta persona, è sempre onorevole ad ognuno *patrem ciere*, e il poter render conto in qualche modo della lontana provenienza propria, fosse questa pure illegittima, è preferibile certamente alla qualità di discendente da ignote persone.

E dunque lo scopo morale dell'azione di figliazione, sia legittima, sia illegittima, non esclude la trasmissibilità della medesima agli eredi, che siano discendenti da colui la cui figliazione è in quistione; imperocchè tale scopo non è mai impossibile supporlo, e non è mai lecito escluderlo neppure in queste persone. Cioè non conviene, nè disconviene più o meno questa supposizione ed esclusione agli eredi discendenti, di quello che ai figli medesimi, i quali nessuno va a cercare per qual motivo accampino l'azione di figliazione legittima o illegittima, se per ragione morale, o per ragione pecuniaria, o per entrambe insieme, o più per l'una o per l'altra di esse. E chi non sa che in realtà gli stessi figliuoli, novantanove volte sopra cento, non muovono quistione sulla paternità o maternità loro se non per ragione e scopo di eredità? Ora è egli logico che gli eredi discendenti del figlio si abbiano ad escludere dalle azioni in discorso, solo perchè è più facilmente *supponibile* in essi quella mira di lucro, che nel figlio non si può

mai escludere del tutto? Tutto ciò, ben inteso, dato e non concesso, lo ripeto, che la mira *morale* delle azioni di stato personale sia condizione imprescindibile della loro ammissione.

Ma qui obbietta la Cassazione romana che, trasmessa a eredi discendenti l'azione di figliazione, essi potranno valersene come di un semplice mezzo accessorio della petizione d'eredità, il che è affatto inammissibile, esigendo invece ragione e convenienza che sia piuttosto la petizione di eredità accessoria e pedissequa all'azione di stato personale.

La risposta mi sembra facile. Vero è che detta ipotesi si può dare, e che in tale ipotesi viensi a discutere dello stato personale *non principaliter*, ma per incidente. Rimane sempre però che la questione di stato vuol esser decisa per la prima; rimane sempre che tal quistione viene discussa e decisa da sè e per sè, come se fosse azione principale, tanto che la relativa decisione, benchè incidentale nella lite, non cessa di *fare stato* pei ricorrenti e per il defunto, e che ad onta della incidentalità dell'azione di stato, non è nè necessario, nè lecito supporre che l'erede discendente non porti alla lite un duplice e uguale interesse morale e patrimoniale.

Del resto, io che sostengo nulla ostare alla trasmissibilità dell'azione di figliazione, sia legittima, sia naturale, ai superstiti, rivendico questo diritto non solo agli eredi discendenti, ma anche ai discendenti non eredi, e certamente rispetto a questi io non ho modo di sostenere la mia tesi di fronte alla Cassazione romana, se concedo a questa il carattere essenzialmente *morale* delle azioni di figliazione, e, in generale, di stato personale. Ho già dimostrato falso in ragione e in legge italiana che le azioni di figliazione abbiano carattere e significato e scopo esclusivamente morale, ed ora ritorno su codesto punto, che è veramente vitale nella presente controversia, e a cui risponde, a mio parere, l'errore sostanziale, *sit venia verbo*, della Cassazione romana.

Quella mia premessa, diametralmente opposta a quella della Cassazione romana, può anche venir dimostrata per un'altra via.

Io convengo che le azioni di stato personale in generale sono state introdotte dal legislatore per lo scopo precipuo di assicurare e rivendicare la verità in fatto di personali relazioni. Dico le azioni di stato personale in generale, e già più volte sopra io ho parlato di tutte queste azioni in generale, e non soltanto delle re-

clamazioni di stato di figlio legittimo o naturale. Non vedo infatti ragione per cui si debbano queste seconde a parte considerare, e a proprî e speciali principî direttivi ricondurre, come ha fatto la Cassazione romana; parmi anzi che la tesi, per me erronea, di questa Corte intorno alle azioni di figliazione provenga in non poca parte altresì da questa ingiustificata considerazione, che essa ne va facendo separatamente da tutte le altre azioni di stato personale. Convengo adunque che sia quello anzidetto il principal motivo per cui la legge accorda azioni di stato personale, che poi sono sempre o una rivendicazione di condizione personale propria, o una impugnativa di condizione personale propria od altrui.

Ma una volta che, sia pure per quel motivo, una di quelle azioni è stata accordata dalla legge, non è più in potere di questa prestabilirne e limitarne l'uso e le vicissitudini. Attesa la stretta colleganza fra condizioni personali e diritti patrimoniali, le azioni inservienti a far *valere* le prime diventano mezzi onde far valere i secondi; fra quelle e questi si istituisce un nesso indissolubile, sicchè il negare l'uso delle prime in servizio dei secondi risolvesi in incomportabile offesa dei diritti patrimoniali, che con queste seconde si fanno valere. E non importa che il diritto patrimoniale risieda in una persona diversa da quella la cui condizione personale viene fatta valere o impugnata; una volta che nesso vi ha di causa ad effetto fra quel diritto e questa condizione, il subbietto di quello deve poter valere o impugnare anche questa, perchè il diritto patrimoniale del primo si possa dire e apparisca fondato e inviolabile. È un tutto inscindibile codesto che si viene a formare dei due ordini di diritti e di azioni, non appena e fin dove e dovunque legame di mutua dipendenza fra il primo ed il secondo ordine intercede, e ciò non solo per necessità irresistibile di fatto, ma altresì per razionale esigenza della sociale economia. Non importa infatti soltanto al buon ordine interno della società, la verità delle relazioni personali, ma altresì la regolare distribuzione e trasmissione dei patrimonî secondo quelle relazioni medesime, in quanto quelle prendono norma da queste, e nella misura della verità che rispetto a queste la legge permette di ricercare e comprovare. Che anzi l'ordine della distribuzione e della trasmissione dei patrimonî secondo le relazioni personali e di parentela, serve di base all'universo ordine economico della società, sicchè ogni interruzione di quell'ordine, per la cessata sua rispondenza alla realtà

di condizioni personali proprie od altrui, aventi nome e valore nella legge, è anche una incomportabile ingiustizia.

In altri termini, una volta introdotta per un qualunque motivo un'azione qualunque di stato personale, questa, in virtù della colleganza sua con diritti patrimoniali, e in quanto con questi diritti è collegata, si viene a immedesimare con questi, diventa elemento del patrimonio essa medesima. E come alla persona, il cui stato è oggetto immediato dell'azione, o ai discendenti suoi, l'azione spetta in duplice modo, qual mera azione personale cioè, e quale condizione e mezzo di un'azione patrimoniale, così ad altre persone cui siano passati diritti patrimoniali soltanto della prima, spetta nel secondo dei detti due modi soltanto, ed è tanto intangibile in quella come in questa, tanto nel secondo di quei due modi, come nel primo. Ed è veramente diritto intangibile in chi è primo e immediato subbietto dell'azione personale, il trasmettere quest'azione in un col suo patrimonio agli eredi suoi, che anche non siano suoi discendenti, poichè in lui medesimo intimo è il nesso fra l'azione personale e i diritti patrimoniali suoi proprî.

Si viene forse con ciò a disconoscere la notoria verità che vi sono azioni *personalissime,* non trasmissibili ai superstiti eredi o no?

No certamente, ma bisogna ben precisare il concetto dei diritti e delle azioni *personalissime.*

Sono esse bensì diritti ed azioni di una persona in confronto di un' altra, per ragioni delle loro personali relazioni, ma che o non ridondano per nulla a vantaggio del subbietto, come p. es. il diritto e l'azione del padre d'impugnare il matrimonio contratto dal figlio senza il suo consenso, oppure non soltanto dalla legge determinate sono, ma altresì da convenienze del tutto individuali, di cui non è nè può essere giudice se non chi nel caso dalla legge contemplato si ritrova, come p. es. l'azione d'un coniuge per ottenere la separazione o il divorzio dall'altro coniuge. Sono questi e queste soltanto diritti e azioni *personalissime,* e come tali si comprende che che ad altri, e a superstiti in particolare, non si possano trasmettere. Tutti gli altri diritti e azioni personali, appunto perchè non hanno gli anzidetti caratteri, si possono di regola trasmettere a discendenti, o ad eredi non discendenti, anche a questi ultimi in particolare, perchè s'immedesimano con diritti e azioni patrimoniali, fanno parte integrante del patrimonio.

Non è egli lecito, e non si vede tutti giorni, impugnare la va-

lidità di matrimoni, anche lontani di tempo, onde dedurne l'esistenza o l'inesistenza di diritti di successione? E per lo stesso e consimile scopo contestare la cittadinanza, la capacità di disporre, sia *inter vivos* sia *mortis causa*, di persone defunte? Purchè s'intende bene, non sia prescritta l'azione di diritto patrimoniale, a cui serve di mezzo l'azione di stato personale, per sè medesima imprescrittibile finchè la legge il contrario non sancisca. Non sono forse azioni o impugnative di stato personale tutte queste? E perchè dunque non sarà egli possibile, in circostanze e per iscopi consimili, promuovere qualunque altra azione di stato personale concernente persone defunte, e in particolare un' azione di figliazione legittima o illegittima?

Bensì potrà il legislatore, per ragioni di convenienza pratica, apporre condizioni e limiti alla trasmissibilità ereditaria di codeste azioni, o di talune di queste, e ciò appunto ha fatto il legislatore italiano rispetto all'azione di figliazione legittima.

Ma fintantochè provvedimenti di tal natura il legislatore non abbia presi, la sola circostanza del difetto dei medesimi non è per sè sola indiretta prova che il legislatore non abbia inteso di permettere la trasmissibilità dell'azione in quistione oltre la vita di colui a cui primo appartiene. Non è poi una vera e propria necessità, ma solo opportunità, quella di fissare certi limiti e certe condizioni alla trasmissibilità in discorso, ed è quindi certamente meno grave cosa che in particolare l'azione di figliazione naturale passi più facilmente agli eredi e ai discendenti che non l'azione di figliazione legittima, di quello che il vedere interdetta affatto agli eredi e ai discendenti la prima, mentre, a certe condizioni, non è loro interdetta la seconda. O gli eredi non discendenti mireranno a far valere diritti ereditari, e certamente, prescritta l'azione ereditaria, essi non avranno interesse a promuovere l'azione di figliazione naturale del *de cujus*, in quanto ella sia dalla legge consentita; o gli eredi discendenti avranno soltanto uno scopo morale, e quell'azione, per sè medesima imprescrittibile, potranno sempre accampare. Ognun comprende però che la seconda ipotesi non si verificherà che eccezionalissimamente, e che, in conclusione, la prescrizione trentennale sarà di fatto, in indiretto modo, il limite di tempo non mai sorpassato nel promuovere l'azione di figliazione naturale dopo la morte del figlio.

Come possa provarsi la figliazione adulterina o incestuosa, per dare effetto agli art. 752, 767, 773, 1053 del Codice civile italiano; e se, in particolare, possano a tal uopo adoperarsi le dichiarazioni, di cui all'alinea 3° art. 193 di detto Codice.

Sono due differenti questioni il domandare se la esclusione dei figli adulterini ed incestuosi dalla successione ereditaria e dalle donazioni dei genitori giustifichi, di per sè sola, una deroga al divieto della prova diretta di quella figliazione, sia mediante riconoscimento dei genitori, sia mediante giudiziale dichiarazione, e il domandare se la efficacia attribuita dall'art. 193, al. 3°, Cod. civ. it. alle dichiarazioni esplicite e scritte dei genitori adulterini o incestuosi, ivi mentovate, onde far conseguire ai figli gli alimenti, possa venir attribuita alle dichiarazioni stesse anche allo scopo di escludere i secondi dalle successioni ereditarie e dalle donazioni dei primi. La seconda questione è meno generale della prima, e non è, al pari di questa, comune alla giurisprudenza nostra e alla francese, perchè l'al. 3° dell'art. 193 Codice civile italiano, desunto dal Codice albertino (art. 187), non ha riscontro nel *Code civil*.

Importa anzitutto porre in chiaro quale sia lo stato attuale della giurisprudenza intorno ad entrambe le questioni.

Rispetto alla prima questione, voglionsi consultare le due giurisprudenze italiana e francese. Imperocchè il divieto del riconoscimento, spontaneo o giudiziale, della prole adulterina o incestuosa,

come è scritto negli art. 180 e 193 Codice civile italiano, lo è pure negli art. 335 e 342 del *Code civil.* E la esclusione dei figli adulterini o incestuosi dalla successione testamentaria o intestata, e dalle donazioni dei genitori, scritta negli art. 752, 767, 773, 1053 Cod. civ. it., trovasi pure scritta negli art. 762, 908, 911 del *Code civil.*

La giurisprudenza dei tribunali francesi è pacifica nel ritenere che il divieto assoluto della ricerca della paternità scritto nell'art. 340 del *Code civil.*, e il divieto assoluto dello spontaneo o giudiziale riconoscimento della prole adulterina o incestuosa, scritto negli art. 335, 342 di quel Codice, non patiscono eccezione o deroga, non possono essere disconosciuti neppure allo scopo di far valere la esclusione legale di quella prole dalla successione legittima o testamentaria e dalle donazioni dei genitori. Molte decisioni si possono citare in tal senso, fra le quali: Cass. Parigi 7 dicembre 1840 (*Journ. du Palais*, 1841, 1, 32), Corte di Nimes 2 maggio 1837 (*ib.,* 1837, 2, 285), Corte di Amiens 14 gennaio 1864 (*ib.*, 1864, 329) e Corte di Parigi 14 agosto 1880 (*ib.*, 1867, 572).

Non una volta i tribunali francesi hanno ammesso che la ricerca della paternità, e il riconoscimento della prole adulterina o incestuosa, fossero ammissibili col pretesto che altrimenti non avrebbero effetto il divieto di donare, o di onorare nel testamento i propri figli adulterini o incestuosi, e l'esclusione di questi figli dalla successione legittima dei genitori. Nè col negare assolutamente che ci sia conflitto fra il divieto della ricerca della paternità e del riconoscimento della prole adulterina o incestuosa da una parte, e la esclusione di questa prole dalle donazioni e dalla successione ereditaria dei genitori dall'altra, la giurisprudenza francese dubitò che queste esclusioni potessero diventare vane e rimanere lettera morta. Imperocchè fu più volte osservato da quei tribunali che siffatte esclusioni, pronunciate dalla legge, possono avere pratico effetto nei non pochi casi, in cui la paternità adulterina o incestuosa risulti indirettamente da una sentenza civile o penale. Ciò è pure a dirsi rispetto al Codice civile italiano, art. 193, al. 1° e 2°. Così, p. es., se per lo adulterio o per l'incesto sia stata pronunziata sentenza penale, o se il matrimonio sia stato dichiarato nullo per titolo di bigamia o di impedimento di parentela in linea retta, o se la paternità adulterina trovisi implicitamente dichiarata in una sentenza pronunciata in sèguito ad azione per disconosci-

mento di legittima paternità. E non sono pochi davvero codesti casi, sicchè non si possa dubitare che le esclusioni in questione non debbano rimanere destituite di concreto effetto, e che il legislatore, statuendole, non si rappresentasse egli stesso codesti casi appunto come la forma, l'aspetto pratico di quelle esclusioni.

In un solo caso la giurisprudenza francese ammette che il riconoscimento spontaneo della prole adulterina o incestuosa possa eccezionalmente farsi valere, onde escludere quella prole dalla successione ereditaria dei genitori, o annullare donazioni *inter vivos* di questi a quella. È il caso del riconoscimento contenuto nello stesso atto di ultima volontà o di donazione e vera e sola causa della contemplazione fattavi della prole adulterina o incestuosa. Costante è anche su questo punto la giurisprudenza della Corte di cassazione e degli altri tribunali francesi. Leggesi, per es., in una sentenza della Cassazione di Parigi 11 agosto 1836: " considerando che le surriferite disposizioni e la liberalità fatte a T. ebbero per causa determinante e unica la convinzione che il testatore aveva della qualità di propria figlia naturale della erede universale istituita, alla quale egli attribuiva appunto tale qualifica nella stessa disposizione testamentaria che la concerne; che l'art. 908 del *Code civil* non permette ai figli naturali di ricevere donazioni *inter vivos* o per testamento più di quello che è loro accordato per successione legittima; che ogni liberalità eccedente questa quantità deve essere annullata come illecita; che il lascito avente unicamente per causa la qualità di figlio naturale attribuita dal testatore, deve per conseguenza reputarsi contrario ai buoni costumi per quella parte di cui i genitori non potrebbero onorare i loro figliuoli, ecc. ". Notisi però che più d'un valente giurista francese non ammette neppure siffatta eccezione. Così, p. es., il Demolombe, e il Laurent (*Princ.*, XI, 366), il quale ultimo, riferendosi alla dianzi citata decisione della Cassazione di Parigi, non si perita di dire: " la Corte ha fatto la legge, invece di limitarsi ad applicarla; ...la dichiarazione del padre devesi piuttosto reputare inesistente, e considerare come non scritta ".

Neppure è ammesso nella francese giurisprudenza che il riconoscimento, di mero fatto, della prole adulterina o incestuosa, valga di fondamento all'azione alimentaria di questa, che il *Code civil* non contempla (V. Cassazione Parigi 11 novembre 1819, 9 marzo 1824, 1° aprile 1827, 18 marzo 1828, 6 febbraio 1839, 4 dicembre 1837,

Corte di Parigi 13 agosto 1812, Corte di Digione 29 agosto 1818, Corte di Montpellier 19 gennaio 1832). Tesi che, del resto, ha più avversari che fautori in Francia, anche rispetto ai figli semplicemente naturali (V. *Journal d. Pal.*, VI, voce *enfant naturel,* n. 138-141; Dalloz, *Rép. Gén. Suppl. I,* stessa voce, n. 139; Laurent, *Princ.* IV, n. 126 e 155).

Anche nella giurisprudenza italiana, la prima delle due questioni distinte sopra non ha mai avuto affermativa soluzione, come non l'ebbe mai nella giurisprudenza francese.

Voglionsi però distinguere le sentenze giudiziali italiane, che risolvettero quella prima questione, applicando qualche legislazione anteriore al nuovo Codice civile, e non differente dal *Code civil* in materia di riconoscimento e di diritti successorî dei figli adulterini o incestuosi, oppure applicando lo stesso *Code civil* che era stato legge vigente in qualche provincia italiana, dalle sentenze pronunciate applicando propriamente il Codice civile italiano.

Che non si possa mai dimostrare la paternità adulterina e incestuosa, adducendo in particolare un riconoscimento per parte dei genitori, allo scopo di escludere quella prole dalla successione ereditaria di questi, ebbero a dichiarare la Corte di Catania in una sentenza 3 ottobre 1871 (*Giurispr. it.*, 1871, II, 724), la Corte di Trani in una sentenza 13 luglio 1872 (*Annali,* 1872, II, 497), la Cassazione di Napoli in una sentenza 3 giugno 1876 (*ib.*, 1876, I, 576), applicando l'art. 258 delle leggi civili delle Due Sicilie, identiche al *Code civil* nella suddetta materia, la Corte d'appello di Milano, 2 novembre 1904 (*Mon. dei Trib.*, 1905, p. 681), la Corte d'appello di Genova, 11 marzo 1907 (*ib.*, 1907, p. 793). Dichiararono poi non potersi, a termini dell'art. 335 del *Code civil,* invocare il riconoscimento in quistione allo scopo di escludere i figli adulterini o incestuosi dalla successione dei loro genitori a termini dell'art. 762 di quel Codice, la Corte di Lucca in una sentenza 20 giugno 1877 (*Foro it.*, 1877, I, 1338) e la Cassazione di Firenze in una sentenza 25 aprile 1872 (*Ann. di Giur. it.*, 1872, I, 340), rispetto a fattispecie accadute in provincie italiane governate dal *Code civil* anteriormente alla promulgazione del Codice civile italiano.

Parimente non vi hanno sentenze italiane, emanate in base al Codice civile italiano, che ammettano potersi la figliazione adulterina o incestuosa comprovare allo scopo di applicare gli articoli 752, 767, 773, 1053 del Codice civile. Soltanto qualche giudicato, come

p. es. della Cassazione di Napoli, 19 febbraio 1881 (*Foro it.*, 1881, 1, 612), ammise la esclusione dei figli in discorso dalla successione testamentaria ai genitori loro che nel testamento si fossero come tali dichiarati. Dichiarò invece esplicitamente il contrario la Cassazione di Torino, 20 dicembre 1895 (*Foro it.*, 1896, 1, 147). E già, vigente il Codice albertino, la Corte di Genova, in una sentenza riferita dal Pacifici-Mazzoni (*Delle successioni,* vol. II, pag. 424), dichiarò nullo il riconoscimento del figlio adulterino, epperò valida la disposizione fatta a favor suo dalla madre che lo aveva riconosciuto.

Discorde è invece la giurisprudenza italiana nella soluzione della seconda quistione indicata sopra, se cioè le dichiarazioni di cui all'al. 3°, art. 183 Cod. civ. it. possano adoperarsi, oltrechè a far conseguire ai figli adulterini o incestuosi gli alimenti, anche ad escluderli dalle successioni e dalle donazioni dei genitori.

Tenne l'opinione negativa la Corte di Messina in una sentenza 11 marzo 1872 in causa Peirce-Benincasa (*Annali,* 1874, II, 393). Ma la sentenza della Corte di Messina venne cassata dalla Cassazione di Palermo con sentenza 18 aprile 1874 (*Annali*, 1874, I, 360), e a questa seconda sentenza tenne dietro quella della Corte di Catania 13 aprile 1875 (*ib.*, 1875, II, 223) in sede di rinvio, la quale accettò pure la tesi della Corte di cassazione. Trattavasi nel caso deciso dalla prima sentenza della Cassazione di Palermo, di un figlio riconosciuto dalla madre come semplicemente naturale, il quale poscia, congiuntamente colla madre, aveva accettato il riconoscimento del padre, come figlio adulterino. La Corte di Messina argomentò in sostanza come la Corte di Genova nella sentenza surricordata. Dalla nullità cioè dell'atto di riconoscimento della prole adulterina dedusse che questo atto non può avere nessun effetto giuridico, nè in particolare quello di annullare l'istituzione in erede di quella prole. La Cassazione di Palermo argomentò invece dalla premessa che l'art. 193 pone il riconoscimento della prole adulterina o incestuosa a fianco della prova indiretta contenuta in una sentenza civile e penale, e ne inferì che dunque debba quel riconoscimento valere per tutto ciò per cui vale quella sentenza, cioè non meno per la esclusione di quei figli dalla successione e dalle donazioni dei genitori, che per far conseguire ai primi gli alimenti dai secondi. E aggiunse che sarebbe contraddizione lo attribuire al riconoscimento in questione la virtù di far conseguire ai figli adulterini o incestuosi gli alimenti, e il negargli quella di

far escludere quei figli da successioni o donazioni che non possono ricevere. La Corte di Catania ripetè in sostanza i ragionamenti della Cassazione palermitana, e chiamò perfino *slealtà* lo accordare oggi a figli adulterini diritto agli alimenti verso i loro genitori, in base a riconoscimento da parte di questi, e il negare domani che in virtù di questo atto non debbano quei figli essere esclusi da una successione o donazione paterna o materna, che la legge non permette loro di conseguire. Un solo nuovo argomento addusse la Corte di Catania, ed è questo, che, mentre nell'art. 187 del Codice albertino è detto che il riconoscimento della prole adulterina o incestuosa può addursi all'*unico* effetto di chiedere gli alimenti, codesta espressione non si trova ripetuta nell'art. 193, al. 3°, Codice civile italiano, che fu preso dal primo. Epperò ambedue le Corti ultime accennate vennero a reputare nullo il riconoscimento della prole adulterina o incestuosa, per riguardo a tutti gli effetti civili, tranne quello del diritto agli alimenti, e della esclusione dalle successioni ereditarie o dalle donazioni dei genitori.

Ma la Cassazione di Palermo ebbe poi a dichiararsi in modo affatto opposto in una sentenza 24 febbraio 1880 (*Circ. giur.*, 1881, 161) e in una sentenza 24 gennaio 1904 (*Mon. dei Trib.*, 1904, p. 253) pronunziata non già in materia di successione della prole adulterina, come la precedente sentenza, ma in materia di diritto agli alimenti. In queste sentenze la Corte, facendosi a precisare il valore del riconoscimento, dichiara che questo riconoscimento non ha nè può avere altro effetto che quello appunto del diritto agli alimenti. Lo stesso avviso tennero la Cassazione di Napoli, 20 febbraio 1880 (*Foro it.*, *Rep.*, 1881 voce *Figliazione*, n. 55), la Corte di appello di Torino, 2 luglio 1887 (*Ib.*, 1887, 1, 1212), e la Cassazione di Napoli 18 giugno 1903 (*ib.*, 1903, p. 1451). Il contrario invece opinò la Corte di Lucca, 4 maggio 1888 (*ib.*, 1, 675), ma questa sentenza venne cassata dalla decisione 31 dicembre 1889 della Cassazione di Firenze (*ib.*, 1889, 1, 80), di cui fu estensore lo stesso presidente Vigliani, già relatore al Senato intorno all'art. 193, al. 3°. Posteriormente la tesi contraria fu adottata dalla Cassazione di Torino 13 luglio 1893 (*Giur. ital.*, 1893, 1, 743). Vuolsi poi qui anche ricordare che la Corte di Trani con sentenza 13 luglio 1872 (*Ann. giur. ital.*, 1872, II, 527) non ammise che dell'al. 3° art. 193 si possa far uso neppure onde impugnare la validità di una adozione in ordine all'art. 205 del Codice civile.

In tal guisa è, come dissi, oscillante e incerta finora la giurisprudenza del nostro Codice civile circa la grave questione concernente l'al. 3° dell'art. 193.

Nè gli scrittori italiani intorno alla medesima sono maggiormente concordi fra loro. Di gran lunga maggiore è però il numero di coloro che negano assolutamente potersi le dichiarazioni, di cui all'alinea 3° dell'art. 193, Codice civile italiano, far valere per altro scopo che pel conseguimento degli alimenti, che non di coloro i quali ammettono poterlesi far valere anche per dare effetto alle incapacità di acquistare, inflitte dalla legge alla prole adulterina o incestuosa. La prima opinione è seguìta da Borsari, Ricci, Buniva, Paoli, Mattei, Cattaneo e Borda (*Dei figli nati fuori del matrimonio*, n. 234), Pisanelli, Auriti (citati da Filomusi-Guelfi, nelle sue note alla citata sentenza della Corte di Lucca 20 giugno 1877, *Foro it.*, loc. cit.). Ben si può dire che quasi tutti i commentatori del Codice civile italiano stanno per la inefficacia delle dichiarazioni in questione al di là del semplice conseguimento degli alimenti.

Sono poi sostanzialmente identici gli argomenti adoperati da tutti gli scrittori dianzi accennati.

Tutti cioè argomentano dal divieto assoluto del riconoscimento della prole adulterina o incestuosa, contenuto nell'art. 180 del Codice civile italiano, e tutti adducono inoltre la stessa storia della compilazione di questo Codice rispetto all'art. 193, e gli speciali motivi di quest'articolo, per dimostrare che gli elementi probatorii di cui vi si parla servono esclusivamente per conseguire gli alimenti, nè potrebbero adoperarsi per far valere le esclusioni di quella prole dalla eredità o dalle donazioni dei genitori, senza dare alla legge una efficacia non solo più lata di quella cui mirava il legislatore, ma addirittura opposta e contraria, convertendola da favorevole in odiosa alla prole in questione.

Tre soli scrittori italiani insorsero finora contro il comune modo di interpretare l'art. 193, al. 3°, circa gli effetti giuridici delle dichiarazioni che esso contempla.

Sono essi: Fulci, Bianchi e il Pacifici-Mazzoni.

Nella cessata *Temi Zanclea* (anno III, 1872-73, pag. 33), annotando la surricordata sentenza della Corte di Messina 11 marzo 1872, il Fulci adduce tre argomenti per provare che le dichiarazioni, di cui tien conto l'art. 193, al. 3°, all'effetto degli alimenti,

possono anche farsi valere contro la prole, in ordine alle esclusioni in discorso. *a*) Un atto assolutamente nullo, egli dice, non deve produrre nessun effetto giuridico, e, se ne produce uno, deve produrre anche tutti gli altri di cui è capace. Se quindi l'art. 193 statuisce che certe dichiarazioni dei genitori adulterini o incestuosi conferiscono alla prole il diritto agli alimenti, la logica vuole che le stesse dichiarazioni possano anche addursi contro quella prole da chi ha interesse ad escluderla dalla successione o dalle donazioni dei genitori. E il Fulci conforta questo suo argomento coll'autorità del Demolombe, il quale pure, opponendosi a quegli interpreti del *Code civil*, i quali vorrebbero che il riconoscimento della prole adulterina o incestuosa abbia, benchè nullo, efficacia rispetto al diritto agli alimenti, li taccia di inconseguenza, perchè questa sola efficacia vogliono attribuire a riconoscimento siffatto, e non anche alla esclusione di quella prole dalle donazioni e dalle successioni dei genitori. *b*) Nessuna legge vieta le indagini della paternità o della maternità adulterina o incestuosa a coloro cui interessi la nullità delle liberalità fatte alla relativa prole dai genitori. *c*) Se la legge non volle che restassero lettera morta i diritti dei figli adulterini o incestuosi agli alimenti, epperò accordò espressamente ad essi di valersi a tale uopo di esplicite e scritte dichiarazioni dei genitori, egli è a ritenersi che essa abbia pur voluto, benchè espressamente non l'abbia detto, che non restassero lettera morta le esclusioni di quella prole dalle liberalità dei genitori, tutte le volte che quelle dichiarazioni ci siano.

Il Bianchi (*Corso elem. di Cod. civ. ital.*, vol. III, pag. 970) professa l'opinione che “ non lo *stato* civile di figliazione adulterina o incestuosa, ma il *fatto*, il *rapporto* naturale di questa figliazione può essere provato coi mezzi determinati dall'art. 193, non solo pel fine ivi contemplato del diritto agli alimenti, ma anche contro il figlio stesso, per sottometterlo alle incapacità determinate in suo danno dagli articoli 767, 1053 Codice civile italiano ”. E gli argomenti suoi riduconsi sostanzialmente ad uno solo. Poichè l'articolo 193 annovera le dichiarazioni esplicite e scritte dei genitori in sèguito ai mezzi di prova indiretti della figliazione adulterina o incestuosa, contenuti in sentenze giudiziali, civili o penali, le quali prove indirette possono indubbiamente essere adoperate anche per far valere gli articoli 767, 1053, egli è giuocoforza ritenere che a tale scopo anche il riconoscimento di quella prole possa venire adoperato.

Il Pacifici-Mazzoni si ricredè nel suo *Trattato delle successioni* (vol. II, app. 2) dell'opinione propugnata nelle *Istituzioni di diritto civile* (vol. II, pag. 37). In queste egli aveva affermato che: “ la disposizione dell'art. 193, al. 3° è stabilita a favore del figlio, e non può ritorcersi contro di lui „; ma in quell' altra posteriore sua opera egli propugnò la tesi opposta. E il nuovo suo ragionamento si sostanzia in quello medesimo del Bianchi. Anche per lui le dichiarazioni, di cui all'alinea 3° dell'art. 193, non devono valere meno degli altri mezzi di prova annoverati negli alinea 1° e 2°, e aggiunge soltanto che lo scandalo della indagine dei natali adulterini o incestuosi vien meno quando i genitori stessi hanno dichiarato la loro paternità e maternità. E ai due obietti: che il riconoscimento della prole adulterina o incestuosa è nullo, e che tale riconoscimento può anche essere non corrispondente a verità, risponde: che la nullità del riconoscimento rimane per tutti gli effetti, tranne il diritto agli alimenti, le esclusioni degli art. 767 e 1053 del Codice civile, e che la fallacia del riconoscimento può essere dimostrata per controprova.

Questa opinione di Pacifici-Mazzoni è stata accettata anche da Filomusi-Guelfi (*loc. cit.*), il quale però non si occupa tanto di dimostrarla, quanto piuttosto di precisarne l'effetto, e di propugnare specialmente il diritto, sia del figlio adulterino o incestuoso, dichiarato tale nel modo contemplato dall'art. 193, al. 3°, sia dell'erede testamentario, di impugnare o di confermare con prove estranee tale dichiarazione.

Tale è il presente stato della questione circa l'efficacia giuridica dell'art. 193, al. 3° del Codice civile italiano, e specialmente dell'alinea 3, concernente il riconoscimento della prole adulterina o incestuosa.

Divisa la giurisprudenza in opposte e quasi eguali parti; prevalente però di gran lunga il numero degli scrittori italiani contrari alla più larga applicazione del passo di legge in discorso, a quello dei favorevoli; e di questi ultimi, uno diventato favorevole a quella tesi, dopo esserle stato contrario.

Vengo ora ad esporre il mio modo di vedere sull'una e sull'altra delle questioni distinte dapprincipio.

Chi afferma potere le dichiarazioni di figliazione della prole adulterina o incestuosa, contemplate nell' alinea 3° dell' art. 193, addursi anche per escludere questa prole dalle liberalità dei genitori,

non può certamente desumere codesta opinione dall'art. 193, che di tali esclusioni non tratta, ma soltanto del diritto agli alimenti di quella prole. Egli deve desumerla dallo stesso disposto del Codice civile italiano circa quelle esclusioni, cioè dagli art. 752, 767, 773, 1053, e il disposto dell'al. 3° dell'art. 193 considerare come una mera applicazione speciale, e perciò, ma perciò soltanto, come una conferma della generale premessa: che per applicare i giuridici effetti, sia di esclusione dalle liberalità dei genitori, sia di diritto agli alimenti attribuiti dalla legge alla figliazione adulterina o incestuosa, sia lecita la prova diretta di questa figliazione.

Codesta generale premessa è il solo possibile fondamento razionale della opinione del Fulci, del Bianchi e del Pacifici-Mazzoni. E la corrispondente generale questione bisogna manifestamente risolvere prima, sia per accettare e convalidare l'opinione di questi scrittori, sia per rifiutarla e combatterla. E appunto i giureconsulti francesi hanno posto e trattato quella questione, nè in particolare essi ammisero o negarono che il riconoscimento della prole adulterina o incestuosa potesse addursi onde escludere questa prole dalle liberalità dei genitori, se non perchè ammisero o negarono in pari tempo che lo si potesse addurre onde far conseguire alla prole medesima gli alimenti, perchè ammisero o negarono in generale che la legge, coll'attribuire alla figliazione adulterina o incestuosa certi effetti giuridici, abbia implicitamente permesso che in ordine agli effetti medesimi quella figliazione si potesse provare. Come mai gl'interpreti italiani dell'art. 193 del nostro Codice civile adducono testimonianze di scrittori francesi a sostegno delle varie loro opinioni, se non cominciano a discutere essi pure la questione generale, a cui quella interpretazione si ricollega, e che sola i giureconsulti francesi discutono?

Pretendere o negare che il cosiddetto riconoscimento, di cui all'alinea 3° dell'art. 193, si possa addurre o no, per far valere le esclusioni della prole adulterina o incestuosa dalla successione o dalle donazioni dei genitori, non ponendo mente ad altro che a quell'art. 193, è sbagliata e vana intrapresa; è un volere edificare fuori della base. Imperocchè, mentre l'art. 193 non tratta che degli alimenti della prole adulterina o incestuosa, non è certamente possibile che i varî mezzi di prova ivi contemplati in ordine a quel diritto, si possano applicare, o negare che applicar si possano ad un diritto differente, senza collegare con qualche intermedio e più

generale concetto le due applicazioni: senza ammettere o negare, cioè, che entrambe queste applicazioni discendono dal generale principio, che: dati dalla legge certi effetti giuridici alla figliazione adulterina o incestuosa, sia pur data per ciò solo la possibilità di dimostrare codesta figliazione con tutti gli opportuni mezzi di prova, diretti o indiretti.

Invero, a coloro i quali affermano che i mezzi probatorî menzionati nell'art. 193, al. 3° rispetto agli alimenti, si possono applicare anche ad altri effetti non contemplati in quell'articolo, si può sempre rispondere che manca nel discorso loro la rigorosa dimostrazione della razionale inammissibilità del limitato effetto di quei mezzi probatorî ai soli alimenti contemplati all'art. 193; e a coloro i quali questo limitato effetto propugnano, si può rispondere che manca nel loro discorso la rigorosa dimostrazione della razionale inammissibilità di un più ampio effetto anche al di là degli alimenti nel detto articolo contemplati. Le quali dimostrazioni entrambe trascendono manifestamente l'interpretazione dell'art. 193, isolatamente considerato, e si collegano colla più generale quistione, concernente in pari tempo gli art. 180 e 193, e gli art. 752, 767, 773, 1053, colla quistione cioè: se il divieto della prova e del riconoscimento della figliazione adulterina o incestuosa, contenuto nei primi due articoli, venga meno o no davanti alla esigenza della legge che quella figliazione abbia tutti gli effetti contemplati negli articoli successivi.

Male tentano di sfuggire a questa più generale quistione il Bianchi e il Mazzoni, con quel loro argomento che, menzionando l'art. 193 le dichiarazioni esplicite e scritte dai genitori rispetto alla figliazione adulterina o incestuosa in sèguito alle vere prove indirette della medesima, desunte da sentenze giudiziali, civili o penali, debbasi dare alle prime la stessa efficacia delle seconde, e quindi non restringere le prime al solo effetto degli alimenti, mentre le seconde valgono certamente eziandio per la esclusione di quella prole dalle liberalità dei genitori.

Questo non è un ragionamento, perchè la conclusione contiene più che non si trovi nella premessa. L'art. 193 menziona la prova indiretta per mezzo di sentenze giudiziali, civili o penali, al solo effetto degli alimenti; di altri effetti non parla, e quindi non è possibile che in ordine a questi altri effetti si equiparino le dichiarazioni in questione e quelle prove indirette per sola virtù del-

l'art. 193. Che si possano quei due differenti mezzi di prova della figliazione adulterina equiparare in ordine ad altri effetti oltre agli alimenti, lo si deve dimostrare, uscendo fuori dall' art. 193, per mezzo di un più generale principio, di cui quell'articolo non sia appunto che una speciale applicazione. Del principio cioè poco anzi formulato.

Che ora, pel solo fatto di aver la legge attribuito alla procreazione adulterina o incestuosa gli effetti contemplati dagli art. 193, 752, 767, 774, 1053, che, in generale, pel solo fatto di avere la legge attribuito a tale procreazione certi effetti giuridici, sia vantaggiosi, sia dannosi alla prole, si debba ritenere che essa abbia anche permesso di far uso di ogni prova, diretta o indiretta, della procreazione medesima a chiunque abbia interesse di far valere quegli effetti, io non posso ammettere per molte e invincibili ragioni.

Osta manifestamente a codesta tesi la legge positiva, cioè la lettera e l'economia di questa, sia in materia di procreazione adulterina o incestuosa, sia in materia di procreazione semplicemente naturale.

E di vero, se per far valere le esclusioni della prole in discorso dalle liberalità dei genitori, e in generale per far valere gli effetti giuridici della figliazione adulterina od incestuosa, fosse lecito addurre prove *dirette,* a che si ridurrebbe in pratica il divieto legale assoluto sia del riconoscimento, sia della ricerca e dichiarazione giudiziale di quella figliazione?

A nulla davvero. Imperocchè la figliazione o procreazione in discorso, come ogni altra qualunque, già non si ricerca se non in virtù degli effetti giuridici che la legge le attribuisce; onde il ricercarla per conseguire codesti effetti si risolve ne più, nè meno, che nel ridurre a nulla il divieto che di tale ricerca ha fatto la legge. Che se la legge, mentre divieta la ricerca della procreazione adulterina o incestuosa, attribuisce nondimeno a questa taluni effetti giuridici, la si deve manifestamente interpretare nel senso di permissione della sola dimostrazione o prova *indiretta* della procreazione medesima, poichè altrimenti essa si contraddirebbe, e distruggerebbe sè stessa. La quale prova *indiretta* non può risultare che da sentenze giudiziali in causa d'adulterio, di bigamia, di incesto, di disconoscimento di paternità legittima, come appunto insegnano tutti i tribunali e quasi tutti gli scrittori francesi.

Quanto al riconoscimento in particolare, *di fatto* soltanto, della prole adulterina o incestuosa, l'impossibilità di addurlo onde far valere e la esclusione della medesima dalla liberalità dei genitori, e ogni altro effetto giuridico di quella figliazione, solo perchè la legge questi effetti giuridici statuisca, è di tal natura, che quasi piuttosto impossibilità *di fatto*, che impossibilità giuridica la si debba chiamare. Riconoscimento infatti allo scopo di comprovare la figliazione non s'intende, nè si può intendere, che *formale*, quale cioè vien designato dall'art. 181, ed ora egli è chiaro che nè un ufficiale dello stato civile, nè un notaio si può prestare a raccogliere e redigere *formale* riconoscimento di prole adulterina o incestuosa, che la legge assolutamente divieta colle parole: *non possono essere riconosciuti*, ecc. (art. 180 Cod. civ. it.).

Nè qui si obietti che lo stesso Cod. civ. it. all'art. 193, al. 3° ammette possibile un riconoscimento *di fatto* di prole adulterina o incestuosa, perchè tale può essere il carattere delle dichiarazioni ivi menzionate. Non si esca dalla questione generale, di cui ragionasi ora, per entrare nella questione speciale, di cui è oggetto quel passo di legge. Più tardi s'indagherà se ciò che per ragione giuridica sarebbe impossibile, abbia nondimeno il legislatore italiano permesso limitatamente all'effetto voluto nel detto articolo. E più ancora si vedrà se quel riconoscimento *di fatto*, che taluni giureconsulti italiani pretendono di riscontrare nelle dichiarazioni di cui all'alinea 3°, art. 193, sia stato propriamente contemplato dal legislatore.

Se poi si reputasse lecita ogni prova, diretta o indiretta, e lecito il vero e proprio, benchè non formale, riconoscimento in particolare della figliazione adulterina o incestuosa, al solo scopo di far valere certi effetti giuridici di questa, e per il solo motivo che questi effetti sono statuiti dalla legge, dovrebbesi pure ammettere, per analogia, che non soltanto dei figli adulterini o incestuosi fosse lecita la prova diretta della paternità o della maternità, ma anche dei figli semplicemente naturali fosse lecita la prova diretta della paternità, allo scopo di far valere in confronto di questi ultimi l'art. 768 Cod. civ. it., il quale statuisce non potere i figli naturali, non legittimati, ricevere per testamento più di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata. Dovrebbe anzi essere la prima proposizione una applicazione della seconda, più generale, così formulata: la prova diretta della figliazione na-

turale, sia semplicemente tale, sia adulterina o incestuosa, può sempre e con ogni idoneo mezzo farsi allo scopo di far valere quei giuridici effetti qualunque, che la legge alla medesima attribuisce. E quale sarebbe il pratico risultato della prova della figliazione naturale semplice, allo asserito solo scopo di farne valere i giuridici effetti, o in particolare quello contemplato dall'art. 768, se non il disconoscimento e il sovvertimento del divieto legale della ricerca della illegittima paternità?

Ancora si osservi che non è possibile ammettere la prova diretta della figliazione adulterina coll'asserito solo scopo di certi giuridici effetti, senza porre in essere uno stato personale di figlio adulterino o incestuoso, che la legge non conosce e non ammette.

E finalmente è insuperabile ostacolo alla tesi che combatto, la stessa inesistenza assoluta di norme legali per la dimostrazione che si pretenderebbe fare della figliazione adulterina o incestuosa.

Chi pensi qual delicata materia sia la dimostrazione della figliazione fuori di matrimonio, non può ammettere che un saggio legislatore, il quale la permetta, sia in ogni caso in cui possa occorrere, sia in pochi ed eccezionali casi, voglia lasciare il giudice senza norme e additamenti di sorta alcuna. E infatti, dovunque la ricerca della paternità è permessa, tali norme non mancano nelle leggi, e sono talvolta anche minute e circostanziate assai. Per converso, ove in una legislazione non si disponga nulla su tale proposito, non solamente questa circostanza si accompagna sempre al divieto che questa legislazione fa della ricerca della paternità, ma è anche tale circostanza, che, per sè sola, ove si dubiti soltanto se la legislazione medesima abbia ammesso o no qualche eccezionale deroga a siffatto divieto, induce a credere fermamente che nessuna deroga sia stata voluta dal legislatore. E ciò deve appunto dirsi rispetto alla legislazione francese e italiana. Io non concepisco come il giudice francese e italiano si possano, per dir così, imbarcare fra gli scogli di una indagine di figliazione, sia pure soltanto adulterina o incestuosa, non risultante da una sentenza emanata in altra causa, senza nessuna norma legislativa, mentre pure tutta la economia di quelle due legislazioni in materia di figliazione illegittima è manifestamente e determinata anzitutto dalla opinione dei grandi pericoli che fra quegli scogli correrebbe la giustizia.

Di fronte ai fin qui addotti argomenti, qual valore rimane a

quel solito e specioso obietto, che, se col dare alla figliazione adulterina o incestuosa certi effetti giuridici, sia a vantaggio, sia a danno della prole, il legislatore non avesse in pari tempo inteso di concedere piena libertà della relativa prova, impossibili quegli effetti diventerebbero, e vane le relative disposizioni della legge?

Fosse anche vero, io rispondo, che, senza direttamente provare la figliazione adulterina o incestuosa, gli effetti giuridici di questa non si potessero avere, non cesserebbe per questo di essere questa prova una impossibilità giuridica assoluta, per sè medesima considerata, e in relazione alla intera economia della vigente legislazione in materia di figliazione naturale. E, posto nel bivio di violare e sovvertire del tutto una legge, o di lasciare senza applicazione pratica un'altra legge, io non esiterei, nè crederei che nessun giudice esitar potesse ad appigliarsi, anzichè al primo, al secondo partito, come a quello manifestamente meno irregolare e meno grave. E ciò dico, non soltanto confrontando formalmente fra di loro i due concetti: sovvertire una legge, e semplicemente non applicarla, ma, più ancora, riflettendo alla tutta speciale e impareggiabile importanza delle leggi in materia personale, e massimamente di quelle che concernono la figliazione illegittima.

Ma non è poi vero che, senza la prova diretta della figliazione adulterina o incestuosa, sia impossibile applicare gli effetti giuridici della medesima. La prova indiretta, che può risultare da varie sentenze giudiziali, civili o penali, ben può fornire non poche occasioni di applicare quegli effetti. E di queste applicazioni può e deve accontentarsi l'interprete della legge, e credere che anche il legislatore abbia voluto accontentarsene, onde non mettersi in contraddizione con sè medesimo. Sicchè il riferito obietto, oltre a non potersi in gravità confrontare cogli esposti argomenti, non è poi nemmeno fondato, nè rispondente al vero.

Nè io credo che, per allargare il campo dell'applicazione degli art. 752, 767, 1053 al di là dei casi di prova indiretta della figliazione adulterina o incestuosa, sia buon partito quello adottato molte volte dalla giurisprudenza francese, e qualche volta anche dalla nostra, di escludere dalle liberalità dei genitori la prole adulterina che in quelle liberalità sia stata riconosciuta per tale, in guisa che questo riconoscimento apparisca causa unica delle liberalità medesime. Su questo proposito io sono dell'avviso del Laurent. E non solo per la ragione addotta da questo, che il riconoscimento

della prole adulterina o incestuosa, essendo divietato dalla legge, non deve poter nuocere a quella prole, e deve aversi per non scritto nel testamento o nella donazione dei genitori. Ma anche per una altra potissima ragione, che cioè ripugna affatto alle regole fondamentali della interpretazione dei testamenti, il frustrare l'intenzione del testatore, facendo carico a questo di una dichiarazione, la quale, appunto per essere giuridicamente nulla, deve considerarsi come non scritta.

Vengo ora alla seconda delle due questioni distinte al principio di questo scritto, alla quistione cioè: se il riconoscimento che si vuole riscontrare nell'art. 193 al. 3° del Codice civile italiano come titolo dell'azione di alimenti della prole adulterina o incestuosa, possa adoperarsi altresì come titolo dell'azione per la esclusione della prole medesima dalla successione ereditaria e dalle donazioni dei genitori.

Se, come ho già detto, questa speciale questione dipende da quella più generale, trattata e risoluta poc'anzi: se, come ho pur dimostrato, e come la giurisprudenza francese e italiana prevalentemente ritengono, non si può ammettere prova diretta, nè riconoscimento *di fatto* di prole adulterina o incestuosa, *al solo scopo* di far valere certi effetti giuridici di questa figliazione, e per il *solo motivo* che la legge statuisce codesti effetti; e ciò, sia perchè mancano affatto le indispensabili norme legislative circa la prova diretta della figliazione in questione, sia perchè altrimenti si disconoscerebbe e sovvertirebbe l'assoluto divieto che di quel riconoscimento e di quella prova fa la legge, e tutta quanta l'economia della legge in materia di figliazione naturale, sia perchè il riconoscimento formale della prole in questione è anche una impossibilità di fatto, sia perchè, finalmente, non vi ha bisogno di siffatta violazione dell'art. 180 Codice civile perchè non rimanga inefficace nè il diritto agli alimenti della prole adulterina o incestuosa, nè la esclusione di questa prole dalle liberalità dei genitori, bastando al primo effetto la prova indiretta di figliazione, risultante dalle sentenze di cui all'art. 193 al. 1° e 2°, e le esplicite dichiarazioni, di cui allo stesso art. 193 al. 3°, le quali pur non hanno carattere di vero e proprio riconoscimento, e al secondo la prova indiretta suddetta; se tutto ciò è vero, dico io, egli dunque è altrettanto vero che l'art. 193 al. 3°, lungi dall'essere una speciale applicazione del principio generale che, dato un qualunque effetto

giuridico della prole adulterina o incestuosa, è dato il diritto a comprovare direttamente la relativa figliazione, è invece una disposizione eccezionale e singolare, concernente lo speciale effetto del diritto agli alimenti, e che le dichiarazioni, di cui all'al. 3° di detto articolo, non possono mai valere che per il solo effetto degli alimenti, e non mai per le esclusioni della prole in discorso dalle liberalità dei genitori, nè per altro effetto giuridico qualunque di tale figliazione.

È dunque al solo scopo di far valere il diritto agli alimenti ristretto l'uso dell'art. 193 al. 3°.

Se diversamente fosse, per qual ragione non dovrebbe potersi lo stesso diritto agli alimenti far valere, in difetto di riconoscimento, con altra prova diretta della figliazione adulterina o incestuosa? Imperocchè, lo ripeto, chi ammette siffatta estensione dell'uso delle *dichiarazioni*, contemplate dall'art. 193 al. 3°, non può certamente dipartirsi da altra premessa fuorchè dal ritenere che ogni e qualunque effetto giuridico della figliazione adulterina o incestuosa tragga seco il diritto di provare direttamente questa, onde far valere quello; ma, data codesta premessa, non è egli manifestamente irragionevole il volere poi restringere la prova diretta a quella sola contemplata dall'art 193 al. 3°? Ove questa prova manchi, perchè non si dovranno potere più conseguire gli effetti giuridici in discorso, quegli effetti che si erano presi tanto a cuore, da forzare cotanto l'interpretazione dell'art. 193? Eppure l'art. 193 al. 3° non permette altro mezzo di prova *diretta* della procreazione adulterina o incestuosa, fuorchè le *dichiarazioni* che esso contempla; dunque egli è chiaro che il legislatore, dettando questo articolo, non è stato per nulla mosso dal generale concetto attribuitogli da coloro che di riconoscimento vorrebbero valersi ad altri effetti, ed è chiaro che questi altri effetti non contemplati dall'art. 193 al. 3° non si possono conseguire.

Ma v'ha di più.

Finora si è parlato delle *dichiarazioni*, dei mezzi probatori, di cui all'allinea 3° art. 193, come di possibili *prove dirette*, di *riconoscimento di fatto* della prole adulterina o incestuosa, e veramente coloro i quali risolvono affermativamente la quistione generale, trattata sopra per la prima, e ne inducono che siffatto riconoscimento debba potersi adoperare per far valere tutti i giuridici effetti attribuiti dalla legge alla procrezione adulterina od incestuosa, rav-

visano in esso il carattere di vera e *diretta* prova. Ma questo è un grave errore, che ora importa chiarire e dissipare.

Come io ho già lasciato intravedere più sopra, le dichiarazioni, con cui all'al. 3° art. 193, neppure se contengano un vero riconoscimento, meritano questo nome, e non sono quindi vera e propria prova diretta della figliazione sia semplicemente naturale, sia adulterina e incestuosa.

Infatti il legislatore parla di *dichiarazioni esplicite dei genitori, dalle quali risulta* la *paternità* o *maternità*; non racchiudono esse adunque mai per il legislatore la prova della paternità o della maternità; questa ne *risulta*, e ne *risulta* soltanto. In altri termini, abbiano i genitori fatto esplicite dichiarazioni scritte di riconoscimento della prole illegittima, o tali soltanto da cui si desuma la opinione della loro paternità o maternità, per il legislatore tutte queste dichiarazioni hanno lo stesso valore: sono meri argomenti di probabilità dalla figliazione, di una probabilità sufficiente per fondare l'azione alimentare, e questa azione soltanto. E ciò ben si capisce al riflettere che vero riconoscimento di prole è per legge quello soltanto disciplinato dall'art. 180, il quale riconoscimento non si può fare di prole adulterina o incestuosa (art. 180).

Or se non sono mai prove dirette, agli occhi del legislatore, le dichiarazioni, di cui all'art. 193 al. 3°, come sarà egli possibile addurle per far valere altri effetti giuridici della paternità o maternità adulterina o incestuosa oltre quello contemplato in quel passo di legge? Ha potuto il legislatore dare un dato effetto, quello degli alimenti, ad una imperfetta prova della paternità o maternità in quistione, ma altri non ha facoltà di attribuirle un effetto maggiore.

Si comprende del resto facilmente come il legislatore si accontenti di un semplice *risultare* la paternità e la maternità illegittima, onde attribuire alla prole azione di alimenti. Chi non sa aver sempre la giurisprudenza ritenuto bastante per l'azione di alimenti un semplice *fumus boni juris*? Un *fumo* di questo genere sono appunto le *dichiarazioni* in discorso, epperò il legislatore se ne accontenta. Ma chi voglia attribuire ad esse altro e maggiore carattere, e valersene come di vera e propria prova diretta della figliazione sia semplicemente naturale, sia adulterina o incestuosa, per altri effetti che per gli alimenti, non dà a dividere di certo di avere compreso il pensiero del legislatore.

Un altro, pur decisivo argomento contro la tesi della esclusione dei figli adulterini o incestuosi dalla successione dei genitori, che si siano stati dichiarati tali a sensi dell'art. 193 al. 3°, forniscono i motivi della legge.

L'art. 193 al. 3° è, come già dissi, una ripetizione dell'art. 187 del Codice albertino. Ora chi introdusse tale disposizione nel progetto del Codice civile italiano? La Commissione senatoria, di cui fu relatore l'illustre VIGLIANI. E che cosa disse il VIGLIANI, a nome della Commissione, per giustificare tale proposta, che era una aggiunta ai precedenti progetti presentati dai ministri MINGHETTI e PISANELLI? Disse queste precise parole: " non del resto si tratta di tutti gli effetti del riconoscimento, ma si tratta del *solo* diritto sacro degli alimenti, verso il quale la legge non può non mostrarsi *indulgente* " (*Relaz. senat.*, 1, 62). Dunque il cosidetto riconoscimento contemplato dall'art. 193 al. 3°, fu preso in considerazione soltanto perchè servisse all'azione di alimenti, e *non mai* qual vera prova *diretta*, idonea da adoperarsi anche per altri scopi, come sarebbe quello dell'esclusione della prole adulterina o incestuosa dalla successione ereditaria e dalle donazioni dei genitori. Che questa interpretazione sia giusta, lo ebbe a riconoscere lo stesso VIGLIANI nella già mentovata sentenza della Cassazione fiorentina 31 dicembre 1888, della quale pure egli fu relatore. E questo dovrebbe essere *suggel che ogni uomo sganni*. Eppure gli avversari tentano resistere anche su questo punto; ma invano.

Dicono essi che l'art. 187 del Codice albertino, a differenza del Codice civile italiano, statuisce espressamente non potere servire le *dichiarazioni* in discorso se non all'*unico* effetto degli alimenti, e che quell'epiteto *unico* decide la questione nel Codice albertino, mentre essa rimane aperta nel Codice italiano.

A codesto argomento non è difficile rispondere.

L'art. 193, al. 3° procede certamente dall'art. 187 del Codice albertino; egli è dunque a ritenersi che la mente di quello sia la stessa mente di questo, sicchè il contrario non sia luminosamente comprovato dalla stessa parola del legislatore; cioè, se in virtù del secondo articolo le *dichiarazioni* in discorso non sono mai prove agli occhi del legislatore, e non possono adoperarsi che all'effetto degli alimenti, lo stesso è a ritenersi in virtù del primo articolo, non ostante che manchi in questo la espressione *unico effetto* che si legge in quello. È egli vero del resto che nell'art. 193, Codice

civile italiano nulla si trovi di equivalente alla detta espressione dell'art. 187, Codice albertino? Non mi pare. Non c'è nell'alinea 3° dell'art. 193 la frase *unico effetto*, ma l'intero art. 193, che manca nel Codice albertino, tiene luogo di quella frase, ed anzi è più eloquente di essa. Imperocchè l'art. 193 non menziona le *dichiarazioni* in discorso, insieme alle sentenze degli alinea 1° e 2°, se non all'effetto degli alimenti. Sicchè l'*unico effetto* menzionato nell'art. 187 del Codice albertino, è lo stesso unico scopo pel quale le *dichiarazioni* sono state mentovate nell'art. 193, Cod. civ. italiano e pel quale è stato scritto questo medesimo articolo. Nè vale l'obbiettare che però l'art. 193, avendo menzionato le *dichiarazioni* insieme alle sentenze giudiziali, che veramente provano, benchè in modo indiretto, la figliazione adulterina o incestuosa, non esclude che le prime possano addursi, al pari delle seconde, anche ad altri scopi non mentovati nell'articolo 193. Imperocchè, se le sentenze degli alinea 1° e 2° possono servire, oltre che all'azione di alimenti, anche alle esclusioni successorie e donatorie dei figli adulterini e incestuosi, questa efficacia è loro attribuita dai generali principî del diritto; ma questi stessi principî rendevano anche superflua la menzione di quelle sentenze allo scopo dell'azione di alimenti, come infatti la giurisprudenza francese ha sempre ammesso quest'azione con quel fondamento; mentre non consentono facilmente invece che l'azione di alimenti si possa fondare soltanto sulle *dichiarazioni* in quistione. Se dunque il legislatore ha voluto nell'art. 193 annoverare come titoli dell'azione d'alimenti della prole adulterina o incestuosa, dapprima le sentenze giudiziali degli alinea 1° e 2°, che era superfluo menzionare a tal uopo, e poscia le dichiarazioni in quistione, le quali, se il legislatore menzionato non le avesse, difficilmente sarebbero state contemplate a quell'uopo dalla giurisprudenza, ragion vuole e comanda che il punto di contatto, l'effetto comune delle sentenze e delle dichiarazioni secondo la mente dell'art. 193, sia *soltanto* e *unicamente* quello dell'azione di alimenti: che lo scopo dell'articolo sia *unicamente* quello di enunciare completamente i titoli dell'azione di alimenti, ponendo accanto a titoli incontroversi, uno che sarebbe altrimenti stato tutt'altro che tale. Ed ecco come l'*unico effetto*, esplicito nell'art. 187 del Codice albertino, si ritrova implicito, ma sicuro del pari, nell'art. 193 del Codice civile italiano.

E a rincalzo dell'anzidetto, io osservo eziandio che, come gli

avversari della tesi da me propugnata, attaccandosi alla sola lettera della legge, opinano che nella relazione della Commissione senatoria le parole *solo diritto agli alimenti* escludono bensì altri diritti della prole adulterina o incestuosa verso i genitori, oltre quello, ma non escludano che ella debba delle successioni e delle donazioni dei genitori essere privata, la stessa interpretazione essi dovrebbero dare, contro il comune consenso, alla espressione *unico effetto dell'azione d'alimenti* nell'art. 187 del Codice albertino, onde essere coerenti a sè medesimi, e, se non la dànno si contraddicono.

Pongo fine a questa trattazione, tenendo conto di alcuni altri obbietti, che si sogliono fare alla tesi da me propugnata, oltre a quelli già toccati incidentalmente qui sopra.

Si obbietta che le disposizioni del Codice civile italiano intorno ai diritti economici della prole illegittima, sono strettamente connesse con quelle che riguardano la constatazione della figliazione illegittima. Ciò è ben vero, ma appunto si questiona se l'alinea 3° dell'art. 193 sia una fra le disposizioni del codice intorno alla constatazione della figliazione adulterina o incestuosa in particolare, sicchè possa quell'alinea, al pari dell'alinea 1° e 2° dello stesso articolo, adoperarsi onde far valere le particolari disposizioni del codice intorno ai diritti economici della prole adulterina od incestuosa.

Ancor si obbietta che gli articoli 183, 755, 767, 1053 del Codice civile italiano, sono strettamente collegati fra loro, e che per conseguenza l'art. 193 deve tanto servire all'effetto degli alimenti, quanto all'effetto dell'esclusione della prole adulterina o incestuosa dalle successioni ereditare e dalle donazioni dei genitori.

La stretta colleganza, a cui si accenna, nessun la nega, ma nessuno vorrebbe neppure affermare che ella verrebbe a cessare, se i soli alinea 1° e 2° dell'art. 193 si adoperassero onde far valere gli art. 752, 767, 1053, e non anche l'al. 3°. Se l'al. 3° debbasi da tal punto di vista equiparare o no all'alinea 1° e 2° è un punto di quistione, che non si può definire allegando soltanto la *stretta colleganza* in discorso, la quale riguarda bensì l'art. 193 in generale, ma non può in particolare riguardare se non quei singoli alinea del medesimo, che veramente possono servire a dare effetto ai detti tre articoli, e in questo senso collegansi strettamente coi medesimi. Perchè la *stretta colleganza* si intendesse nel senso, o,

meglio, coll'effetto voluto dai sostenitori della tesi che io combatto, sarebbe mestieri che menzione dell'art. 193, senza nessuna restrizione, si trovasse negli articoli 752, 767, 1053, e non già una menzione qualunque, ma come del mezzo necessario onde conseguire lo scopo degli articoli medesimi. Una tale menzione manca affatto e, per conseguenza, la questione rimane del tutto impregiudicata dalla *stretta colleganza* in discorso, la quale, ripeto, concerne l'articolo 193 in generale, nel suo complesso, e non già nelle singole sue disposizioni od alinea. Se uno di questi, l'al. 3°, possa o no reputarsi avere colleganza collo scopo degli articoli 752, 767, 1053 del Codice civile italiano, non si può definire, se non esaminando il contenuto e la ragione speciale del medesimo. Esso cioè si potrà o no adoperare a dare effetto a quegli articoli, secondochè l'indole sua apparirà, o no, appropriata a tal uso. Onde, in fin dei conti, non è diversa la posizione dell'interprete degli articoli 752, 767, 1053 del Codice civile italiano da quella dell'interprete dei corrispondenti articoli 957, 707, 1153 del Codice albertino. Quest'ultimo Codice non conteneva nessun articolo, che dicesse quanto si legge negli alinea 1° e 2° dell'art. 193 del Codice civile italiano; eppure la giurisprudenza sarda non esitò a ritenere che le sentenze giudiziali, di cui in quegli alinea, servissero a dare effetto alle esclusioni dei figli adulterini e incestuosi dalle successioni e dalle donazioni dei genitori, e ciò perchè quelle sentenze, per l'indole loro, non possono non avere un tale effetto. Similmente la giurisprudenza italiana deve rifiutare quella applicazione alle *dichiarazioni*, di cui nell'alinea 3° dell'art. 193 del Codice civile italiano, ove non possa persuadersi che le medesime, per la indole loro, vi si prestino, e non possano altrimenti essere intese e adoperate. È questa la questione, e non altra; e non ci sono *strette colleganze* di articoli, che dispensino dal farla, e dal risolverla con diretti e sostanziali argomenti.

Obbiettasi pure che l'art. 752 fa espressa menzione dei tre casi dell'art. 193, al duplice scopo di far conseguire ai figli adulterini e incestuosi ciò che la legge interdice loro di conseguire. Ma questa asserzione è del tutto infondata. L'art. 752 menziona i casi dell'art. 193 al solo scopo degli alimenti, ma non già allo scopo della esclusione dalle successioni e dalle donazioni. È vero che, dopo avere detto nel primo capoverso che i figli adulterini o incestuosi non possono succedere *ab intestato* ai genitori, l'art. 752 prosegue

a dire che quei figli, nei casi dell'art. 193, potranno aver diritto agli alimenti, ma il volere da questa connessione fra le due parti del discorso inferire che dunque anche nella prima parte il legislatore, pensando agli adulterini e agli incestuosi, se li sia rappresentati come dimostrati tali in uno qualunque dei tre modi enumerati nell'art. 193, è interpretazione tanto stiracchiata da doversi reputare del tutto gratuita. Più piana invece e più ragionevole è la supposizione che il legislatore abbia semplicemente voluto, per naturale associazione di idee, richiamare il diritto degli adulterini e degli incestuosi agli alimenti, subito dopo avere escluso costoro dalla successione intestata dei genitori; e allora la menzione *dei casi* dell'art. 193 nella seconda parte dell'art. 752 non concerne nè pregiudica per nulla l'applicabilità o meno di tutti i singoli alinea dell'art. 193 alla prima parte dell'art. 752, e molto meno agli articoli 767, 1053. Del resto non è punto vero che l'art. 752 capoverso accenni ai *tre* casi dell'art. 193; esso accenna a questi casi in generale. Che se anche codesta espressione generica *nei casi* ecc., si trovasse nella prima parte dell'art. 752, la sua stessa e sola generalità osterebbe all'interpretazione avversaria, potendo ognuno non temerariamente nè indiscretamente, restringere quella generica espressione a due soli fra *i tre casi* dell'art. 193, nè quindi reputare pregiudicata affatto la quistione rispetto al caso 3°, per il solo trovarsi quest'ultimo in un medesimo articolo coi casi 1° e 2°, affatto diversi da esso.

Un'altra obbiezione è questa: coloro i quali hanno diritto di escludere i figli adulterini od incestuosi dalla eredità e dalle donazioni dei loro genitori, devono pur valersi dei mezzi di constatazione di quella figliazione, consentiti dalla legge. E questa premessa è inappuntabile. Soggiungesi poi: i tre casi dell'art. 193 sono tutti appunto mezzi di quel genere; e questo è il termine medio sbagliato del sillogismo. Imperocchè, nè gli articoli 752, 767, 1053 annoverano quei mezzi di prova, nè lo stesso art. 193, come ho dimostrato, ha lo scopo di far l'enumerazione di codesti mezzi. Conchiudesi dagli avversari che dunque le *dichiarazioni*, di cui all'alinea 3° dell'art. 193, possono addursi per far escludere dalla successione e dalle donazioni dei dichiaranti la prole adulterina o incestuosa dichiarata, e questo è al certo un infondatissimo *dunque*, poichè la minore del sillogismo non regge, e non è altro che gratuito disconoscimento della quistione che si vorrebbe risolvere.

Obbiettano ancora gli avversari che la parola *risulti* nell'art. 193 è adoperata per designare l'efficacia probatoria, non meno delle sentenze designate nell'alinea 1° e 2° che della *dichiarazione* desisignata nell'alinea 3°, ciò che significa essere pari agli occhi del legislatore l'efficacia di tutti codesti mezzi. Ma anche questa obbiezione cela una errata interpretazione delle parole della legge.

Se la legge adopera l'espressione *risulti* non soltanto nel terzo alinea dell'art. 193, ma anche nel primo, è sofistica interpretazione il dedurne che il legislatore abbia voluto dare lo stesso valore probatorio alle *sentenze* accennate nell'alinea 1° e 2° dell'art. 193 e alla dichiarazione accennata nell'al. 3°. Poteva il legislatore pensare ciò che al buon senso ripugna, cioè che una figliazione dichiarata, implicitamente bensì, da sentenze giudiziali passate in giudicato, equivalga in certezza a quella dichiarata dai genitori in un atto privato, contro il divieto contenuto nell'art. 180? Se la legge dice che nel primo caso la figliazione *risulta* dalla sentenza, la parola *risultare* ha qui un significato affatto differente da quello che le spetta nel secondo caso; in quello cioè significa essere *implicita* la figliazione nella sentenza pronunciata su di un altro oggetto; in questo significa potersi anche soltanto con qualche probabilità *arguire* la figliazione da una esplicita e scritta dichiarazione privata, e questa dichiarazione non avere maggior valore che di semplice argomento di probabilità, qualunque essa sia, ed anche se assuma l'aspetto di aperto riconoscimento.

Eziandio si obbietta che la Relazione senatoria, la quale aggiunse il 3° alinea dell'art. 193 ai 1° e 2°, attribuì manifestamente anche all'al. 3° il carattere di prova della figliazione adulterina o incestuosa, poichè prese le mosse dal dichiarare che gli alimenti si debbano a quella prole, quando la figliazione *viene ad emergere in modo indubitato* senza la di lei opera. Ma la illazione degli avversari è infondata, appunto perchè non si può dire che la Commissione senatoria, stabilendo quella premessa, avesse di mira non soltanto gli alinea 1° e 2° dell'art. 193, ma anche il 3°. Il contrario è invece, perchè la Commissione, quando pronunciava quelle parole, aveva di mira un progetto del Codice civile, nel quale l'articolo 193 conteneva soltanto gli alinea 1° e 2°, dove si accennano davvero casi di indubitata figliazione. Vero è che, subito dopo, la Relazione procedette a proporre e raccomandare anche il terzo caso dietro l'esempio del Codice albertino; ma è egli lecito, per ciò solo,

pensare che veramente la Commissione reputasse pari le dichiarazioni, accennate nell'alinea 3°, alle prove, mentovate negli al. 1° e 2°, nel rendere indubitate la figliazione adulterina o incestuosa? A me pare che non sia lecito affatto. La Relazione senatoria deve certamente essere stata ispirata da una premessa alquanto differente da quella onde mosse nella prima parte del suo discorso, quando procedette alla seconda parte, benchè questa sia il sèguito di quella, e benchè è alquanto diversa premessa della seconda parte non sia esplicitamente enunciata. Imperocchè anche qui, come in tanti altri casi, ciò che non è esplicito, è implicito, e chiaramente implicito. Non dice la Relazione che la Commissione senatoria aggiunse il 3° alinea o caso, perchè, *trattandosi del solo diritto sacro degli alimenti, la legge non può non mostrarsi assai indulgente verso questo diritto*? Or questo *assai d'indulgenza* non si riferice egli manifestamente all'aggiunta fatta al pregetto, all'alinea 3° cioè dell'art. 193, e anzitutto alla stessa virtù probatoria delle dichiarazioni, di cui in questo alinea si tratta? E che cosa altro significa ciò, se non aver voluto la Commissione attribuire a quelle dichiarazioni maggiore virtù probatoria, di quella che propriamente loro spetterebbe, visto che l'effetto pratico ne era soltanto quello dell'azione degli alimenti? E non dà anzi chiaramente a divedere la Relazione che tale fu veramente l'opinione della Commissione circa il valore probatorio delle dichiarazioni, contemplate nell'alinea 3°, quando soggiunge che *a questa compassionevole eccezione la giurisprudenza dei magistrati si è mostrata molto propensa, anche là dove essa non si trova scritta nella legge*? Ho già sopra ricordato che appunto la giurisprudenza si è sempre accontentata di *un fumo di prova* per fondare l'azione di alimenti contro il padre naturale, epperò la Relazione colle riferite parole ha voluto significare che, anche per la Commissione senatoria, le dichiarazioni in quistione erano un semplice *fumo di prova*, tutt'altra cosa che una indubitata dimostrazione della figliazione adulterina o incestuosa, al pari delle sentenze accennate negli alinea 1° e 2°. E lo stesso dà pure chiaramente a divedere la Relazione, quando accenna all'esempio del Codice albertino. Forsechè la giurisprudenza del Codice albertino ha mai ammesso che le dichiarazioni in quistione siano vera e sicura prova di figliazione adulterina o incestuosa, e valgano quindi a far escludere questa prole dalle successioni e dalle donazioni dei genitori? No, mai; e dunque, riferendosi la Relazione al-

l'esempio del Codice albertino, poteva ella significare altro se non avere la Commissione senatoria considerato le dichiarazioni dell'alinea 3° quali ben diversi e meno sicuri mezzi di prova, che non le sentenze giudiziali degli alinea 1° e 2°? E, finalmente, sarebbe egli lecito attribuire alla Commissione senatoria una opinione assurda, come l'equiparazione del valore obbiettivo di tutti quei mezzi di prova, solo perchè ella non avesse detto il contrario, se anche il contrario non risultasse dagli altri chiarissimi accenni dianzi avvertiti? E a tutte queste considerazioni intrinseche circa il vero significato dell'addotto passo della Relazione senatoria si dovrà passar sopra, si dovranno chiudere affatto gli occhi della mente, soltanto in virtù della estrinseca circostanza che la seconda parte di quel passo tien subito dietro alla prima?

Un ultimo argomento degli avversari consiste nello addurre pretesi inconvenienti dell'opinione contraria; esso però, oltre al non potere, per la stessa indole sua, avere molto valore, è anche in parte edificato su petizioni di principio.

Si dice che, se alle dichiarazioni, di cui l'alinea 3° dell'art. 193, non si desse valore, potrebbe accadere che il padre o la madre dichiaranti si unissero in matrimonio colla propria figlia o col figlio adulterino od incestuoso. Facile è la risposta: se quelle dichiarazioni non si possono considerare vere prove di filiazione, neppure possono valere a dar carattere di incestuose alle nozze dei dichiaranti colle persone formanti oggetto della dichiarazione. D'altronde si sa che *adducere inconveniens non est solvere argumentum*. E tanto più questa risposta calza al caso presente, al riflettere che, se il legislatore avesse pensato, come era pure, ne convengo, dover suo, ovviare al pericolo di nozze incestuose per motivo di parentela illegittima ignota, anzichè vietare e annullare il riconoscimento della filiazione adulterina e incestuosa, avrebbe dovuto abbandonare lo stesso generale divieto della ricerca della paternità, della qual cosa io sarei stato dei più contenti ed edificati, fra le persone disinteressate.

Si dice pure che, seguendo la dottrina da me propugnata, si viene al risultato di permettere che uno stesso individuo ottenga gli alimenti come dichiarato figlio del testatore, a sensi dell'alinea 3° dell'art. 193, e in pari tempo consegua il lascito testamentario, di cui sia stato per avventura onorato. Rispondo che questo asserito inconveniente non potrebbe darsi, se non nel caso che il lascito

testamentario non bastasse agli alimenti, e in questo caso non sarebbe per nulla un inconveniente.

Si dice finalmente che, seguendosi la dottrina da me propugnata, i figli adulterini o incestuosi vengono ad essere meglio trattati dei semplicemente naturali, e la stessa persona, che non potrebbe succedere *ab intestato*, potrebbe succedere per testamento, o fruire delle donazioni dei genitori adulterini o incestuosi.

Ma entrambe queste asserzioni non hanno fondamento di sorta, perchè non riposano che su di una petizione di principio. Dato infatti, come io vado propugnando, che le dichiarazioni di cui all'alinea 3° dell'art. 193, non siano vere prove di figliazione, e all'infuori dell'azione di alimenti si hanno per non esistenti in virtù dell'art. 180, non si può manifestamente chiamare prole adulterina o incestuosa quella che forma oggetto delle dichiarazioni medesime, cioè non si può mai reputare propriamente riconosciuta in esse come tale.

Che se non esistono veramente i pretesi inconvenienti pratici della tesi da me propugnata, sono invece veri e inevitabili quelli che dalla contraria tesi derivano. Potrebbe infatti, per es., bastare a più di un donante il dichiarare esplicitamente per iscritto una paternità adulterina verso il donatario, per provocare la revoca di una donazione per avventura a lui fatta.

Del riconoscimento e dei diritti successori di figli adulterini nati o concepiti vigendo il diritto civile austriaco.

La Cassazione di Firenze, in una notevolissima decisione 11 dicembre 1893 (*Foro it.*, 1894, I, pag. 772), propugna due tesi: *a*) che un figlio naturale, riconosciuto vigendo il Codice civile austriaco, e a termini di questo Codice, può succedere al padre, morto vigendo il Codice civile italiano, a termini di questo Codice; *b*) che un figlio adulterino, riconosciuto sotto l'impero del Codice austriaco a termini di questo Codice, può succedere al padre, morto sotto l'impero del Codice civile italiano, secondo le norme di questo intorno alla successione dei figli naturali. La prima tesi non è nuova, è nuova invece la seconda, ed entrambe hanno bisogno di essere illustrate con riferimento alla precedente giurisprudenza.

La prima tesi ne comprende propriamente due, una generale e una particolare; la prima: che un riconoscimento di figlio naturale, posto in essere sotto una legislazione anteriore al Codice civile italiano, pone in grado il riconosciuto di succedere al padre secondo questo Codice, morendo il padre sotto l'impero di questo; — la seconda: che l'anzidetta regola generale si applica in particolare alla prole naturale, riconosciuta vigendo il Codice civile austriaco.

Delle due tesi, la prima, quella più generale, non è mai stata messa in dubbio nella giurisprudenza nostra, ed io pure l'ho propugnata nella mia *Teoria della retroattività delle leggi* (3ª ediz.).

La legge nuova può tanto mutare gli effetti giuridico-personali di un riconoscimento di prole naturale, avvenuto sotto una legge anteriore, quanto gli effetti successori. Con questa sola differenza fra i primi e i secondi, che questi possono essere tanto aumentati quanto diminuiti, mentre i primi non possono essere diminuiti, in quanto ciò implicasse negazione di un vero e proprio diritto acquisiti di stato personale, secondo i principî esposti in proposito nella citata mia opera (vol. II, p. 24 e segg.). Così, p. es., se, per una strana ipotesi, la legge nuova togliesse ai figli naturali riconosciuti il diritto di portare il nome del padre, codesta legge non si applicherebbe ai figli già riconosciuti e già provvisti del nome del padre naturale a termini e in virtù di una legge anteriore.

La Cassazione fiorentina ha però di mira nella suddetta sentenza un riconoscimento avvenuto sotto l'impero di una legge anteriore, e non allude affatto all'altro caso che il riconoscimento sia stato fatto bensì a termini di una legge anteriore, ma vigendo il Codice civile italiano, in virtù delle disposizioni transitorie emanate per l'applicazione di questo, cioè dell'art. 7 della legge 30 novembre 1865 e dell'art. 6 della legge 25 giugno 1871. Se anche in questo secondo caso il nuovo diritto successorio degli illegittimi riconosciuti si applichi ai riconosciuti a termini della legge anteriore, è stata per molto tempo una questione nella giurisprudenza nostra, ma non si può dire che lo sia adesso. Mentre infatti l'opinione negativa era stata accolta dalla Corte d'appello di Milano 14 novembre 1867, 6 febbraio 1869 (*Monit. trib.*, 1869, 195), 6 giugno 1879 (*Foro it.,* Rep. 1879, voce *Figliazione*, n. 32-36), dalla Cassazione di Firenze, 15 maggio 1875 (*Annali*, 1875, I, 296); dalla Cassazione di Torino, 16 luglio 1874 (*Giur. it.*, 1874, I, 595), 11 decembre 1879 (*Foro it.*, 1880, I, 298) e 5 febbraio 1880 (*id.,* 1880, I, 828); — l'affermativa è stata invece preferita dalla stessa Cassazione di Firenze 26 ottobre 1880 (*Foro it.*, 1880, I, 1094); dalle Corti di appello di Milano, 3 febbraio 1879 (*ib.*, Rep. 1879, voce *Figliazione*, n. 29-31), di Parma, 30 aprile 1880 (*ib.*, Rep. 1880, stessa voce, n. 46-49), di Lucca, 1° aprile 1880 (*ib.*, n. 50-52), di Modena, 23 novembre 1880 (*ib.*, Rep. 1881, detta voce, n. 45); e dalla Cassazione di Roma, 5 gennaio 1878 (*ib.*, 1878, I, 203), 18 decembre 1883 (*ib.*, 1884, I, 193, e 23 giugno 1890 (*ib.*, Rep. 1890, voce *Figliazione*, n. 25).

I due principali argomenti addotti per la soluzione negativa sono

in realtà facili a superarsi. L'uno si è che nei detti art. 7, 6, i quali dispongono che i figli nati o concepiti prima del nuovo Codice civile vanno esenti dall'applicazione degli articoli 189, 190, 193 di questo, e che si applicano loro le disposizioni delle leggi anteriori, per queste *leggi anteriori* si devono intendere non già le leggi sui medesimi argomenti contemplati dai citati articoli 189, 190, 193, ma tutte quante le leggi concernenti i diritti dei figli naturali, compresi quelli di successione. Interpretazione giustamente ripudiata da tutte quante le sentenze ultime citate. Imperocchè il naturale andamento del discorso del legislatore nei detti passi di legge lo portava manifestamente al richiamo delle anteriori leggi intorno alla prova della paternità illegittima, dopo aver escluso l'applicazione delle leggi nuove su tale argomento; se no, sarebbe stata altrettanto naturale la domanda quali leggi si dovessero applicare in luogo delle nuove dichiarate inapplicabili. Il secondo argomento è l'asserita sconvenienza di applicare ad un medesimo caso due legislazioni diverse, la vecchia e la nuova, per desumere da ciascuna legge un'efficacia maggiore di quella che essa ebbe di mira, prima un effetto che essa non ha mai conosciuto, e dalla seconda un effetto trascendente i limiti che essa si è imposta. Ma a questo argomento bene risposero le sentenze che, se si ammette che possano succedere secondo la legge nuova i figli naturali, dimostrati tali vigendo la legge anteriore, lo stesso deve dirsi rispetto a quelli dichiarati vigendo la legge nuova, ma a termini della legge anteriore, poichè fra i due casi non intercede nessuna sostanziale differenza. Avendo la legge nuova conservato ai figli naturali, nati o concepiti vigendo la legge anteriore, il diritto di comprovare la loro paternità a termini di essa, non altro essa intese con ciò se non di continuare per quei figli l'impero della legge probatoria anteriore, e quindi riesce del tutto indifferente l'epoca in cui l'applicazione di quella legge venga fatta, poichè le epoche diverse non sono che momenti diversi di un solo e medesimo periodo di tempo: impero della legge anteriore. In qualunque tempo, del resto, sia stata provata la figliazione della prole naturale a termini della legge anteriore, è chiara e netta la distinzione della cerchia in cui essa legge viene applicata, da quella in cui si applica la nuova legge successoria, onde non è luogo propriamente a ravvisare una specie di indiscrezione verso l'una legge e l'altra nella combinazione che di entrambe si fa. In realtà non vi è luogo a parlare di *combinazione* delle due leggi,

nè di nessun proposito che presieda all'applicazione successiva dell'una e dell'altra, neppur quando la legge anteriore sulla paternità naturale si applichi vigendo la nuova legislazione civile. Anche in questo caso la legge anteriore si invoca e si applica, onde porre in chiaro lo stato di figliazione naturale, e con ciò finisce il riguardo ad essa legge; se poi, in base alla prova in tal modo fatta della paternità, si viene a riconoscere alla prole il diritto di successione secondo la nuova legislazione, non vi ha in ciò che l'esclusiva opera di questa, poichè questa ha appunto esteso alla prole naturale, dichiarata secondo l'antica legge, gli stessi diritti successorî che attribuisce alla prole dichiarata secondo le sue proprie disposizioni (1).

Indiscutibile del pari è la pronunzia della Cassazione fiorentina, che il riconoscimento di prole naturale, fatto vigendo il Codice civile austriaco, dà diritto ad essa prole a succedere ai genitori naturali giusta i principî del Codice civile italiano, morendo essi sotto l'impero di questo Codice. Indiscutibile, dico, ove si tratti di riconoscimento pien provante. E tale è appunto il riconoscimento a cui si riferisce la Cassazione fiorentina; riconoscimento, cioè, conforme al § 164 di quel codice, che dice: “ l'iscrizione del nome del padre nei libri dei battesimi o delle nascite, fatta eseguire dalla madre, fa piena prova nel (solo) caso che essa sia seguìta, giusta il prescritto dalla legge, con assenso del padre „.

Ma se non del riconoscimento contemplato dal § 163 del Codice civile austriaco si trattasse, sibbene di quello contemplato nel § 163, varrebbe la stessa pronunzia della Corte fiorentina rispetto al diritto di succedere del riconosciuto? Di questo punto la Cassazione fiorentina non ebbe ragione di occuparsi, ma io non credo inutile il profittare della associazione delle idee per richiamare qui ciò che nella giurisprudenza nostra è stato detto in proposito, ed esporre anch'io il relativo mio modo di pensare.

È stata molte volte discussa nella giurisprudenza italiana la questione, se il § 163 del Codice civile austriaco costituisca una mera presunzione della paternità illegittima, o una prova equipol-

---

(1) L'opinione qui da me propugnata, non lo era stata nella 1ª ed. della mia Teoria della *Retroattività delle leggi*, ma già io l'ebbi a propugnare nella 2ª ed. di quest'opera (Vol. 3°, pag. 449).

lente al riconoscimento contemplato nel citato § 164, se quell'articolo cioè miri a porre in essere un vero stato personale di filiazione naturale, o soltanto a dare un'azione alimentaria contro il presunto padre naturale. Quel paragrafo suona così: " quegli che nel modo prescritto dal regolamento del processo civile è convinto di avere avuto commercio colla madre della prole nello spazio di tempo, a contare dal quale insino al parto non siano trascorsi nè meno di sei, nè più di dieci mesi, come pure quegli che ciò confessa anche stragiudizialmente soltanto, si presume aver generato la prole ".

Che il paragrafo in discorso, benchè parli di presunzione, contenga in realtà una prova della paternità naturale, fu ritenuto più volte dalla Corte di Milano: vedi, p. es., decisioni 13 febbraio e 6 giugno 1879 (*Foro it.*, Rep. 1879, voce *Figliazione*, n. 29-35); ma il contrario avviso è stato costantemente ritenuto dalla Cassazione di Torino; vedi, p. es., decisioni 16 dicembre 1879 (*ib.*, 1880, I, 298), 5 febbraio 1880 (*ib.*, col. 828) e a Sezioni unite 17 agosto 1881 (*ib.*, Rep. 1881, voce *Figliazione*, n. 43-47). La Cassazione di Firenze ebbe a decidere nello stesso senso in una sentenza 29 maggio 1877 (*ib.*, 1877, I, 696). E a questi ripetuti giudicati vennero poi a conformarsi la Corte di Milano in una sentenza 21 gennaio 1889 (*ib.*, Rep. 1889, voce *Figliazione*, n. 29-32), quella di Venezia 25 settembre 1883 (*ib.*, Rep., 1883, detta voce, n. 26-28) e il Tribunale civile di Milano 15 maggio 1893 (*Monit. dei trib.*, 1893, 794).

A me pare che le ragioni più volte addotte, specialmente dalla Cassazione di Torino, a sostegno della soluzione preferita da questa, non siano lievi.

Io convengo colla Cassazione torinese che la lettera e lo spirito della legislazione italiana non ammettono successione intestata dei figli naturali, se non sul fondamento di una vera e propria prova della loro figliazione, quale risulta da riconoscimento o da dichiarazione giudiziale. Alla quale pronunzia della Cassazione torinese oppone a torto il dott. Arigo (*Monit. trib.*, 1880, 182) che, posta tale premessa, neppure dovrebbero poter succedere *ab intestato*, secondo il Codice civile italiano, figli naturali riconosciuti nel modo indicato dall'art. 185, 1°, Codice Albertino. Imperocchè anche in questo articolo si tratta di una dichiarazione giudiziale della figliazione, e quindi di una vera prova di questa, e la Cassazione di

Torino intese soltanto dire che non possono succedere *ab intestato* secondo il Codice civile italiano quei figli naturali, la cui figliazione, dimostrata a termini di una legislazione anteriore, non si possa ritenere veramente, cioè pienamente provata. La quistione è quindi se il § 163 del Codice civile austriaco contempli una vera prova, o una semplice presunzione della naturale paternità. E appunto su questo proposito parmi che gli argomenti addotti dalla Cassazione torinese non siano lievi. Quel § 163 parla di *presunzione* di paternità, mentre il § 164 parla di *piena prova*. Vero è altresì che fra gli interpreti del Codice civile austriaco prevale l'opinione non potersi la presunzione del § 163 combattere con prova contraria, nè in particolare colla *exceptio congressus cum pluribus,* o *plurium concumbentium*, col che la giurisprudenza austriaca viene anch'essa a disconoscere nel § 163 gli elementi di una vera e piena prova della paternità. Ed io aggiungerò un riflesso di più a sostegno della stessa interpretazione. Non poteva il legislatore austriaco, nell'atto di scrivere il § 163, non pensare alla grande difficoltà della prova della paternità naturale nella maggior parte dei casi, la quale non è che difficoltà di escludere il dubbio che la madre abbia avuto commercio in tempo idoneo anche con altri uomini oltre al preteso padre. Ora, se, a ciò pensando, il legislatore austriaco non fece menzione alcuna della controprova, e si limitò a dar valore alla prova del reale commercio col padre asserito, e per giunta chiamò col nome di *presunzione* il favorevole risultato di questa prova, non sembra che egli abbia inteso pienamente provata la illegittima paternità colla sola prova di quel commercio.

Ma a codesti argomenti sembrami che si possano contrapporre valide obbiezioni.

Invero, egli è a riflettersi che gli effetti civili della paternità naturale riconosciuta sono nel Codice austriaco sempre gli stessi (§ 166), tanto se il riconoscimento sia quello del § 164, quanto se quello sia del § 163. Sono cioè le obbligazioni paterne degli alimenti, della educazione, del collocamento. Or codesta identità di effetti autorizza a ritenere che, nel pensiero del legislatore austriaco, abbia ugual fondatezza l'opinione della naturale paternità nell'una ipotesi e nell'altra. E ciò è a dirsi tanto se si pensi colla maggior parte dei giureconsulti austriaci che la presunzione del § 163 sia *juris et de jure*, quanto se con alcuni di essi, fra i quali il più valente

di tutti, l'Unger (*Eco dei Trib. di Venezia*, 2 e 9 febb. 1858), e il Basevi (*Annotaz. pratiche al Cod. civ. austriaco*, Milano, 1859, p. 84, n. 4), si ritenga, molto più razionalmente, il contrario. Nella prima ipotesi il senso della parola presunzione equivarrebbe bensì, per mera volontà del legislatore austriaco, a quello di prova, e nella seconda ipotesi essa equivarrebbe realmente a prova, allorquando la prova contraria non fosse stata data dagli interessati, o non fosse riuscita.

Io sono quindi di avviso che anche, in virtù del vigente diritto transitorio italiano, un figlio nato e concepito in Italia, vigendo l'austriaca legislazione possa reclamare i diritti successori attribuiti dal Codice civile italiano in confronto non solo della madre, ma anche del padre naturale, tanto se la paternità naturale si desuma dal riconoscimento fatto dal padre, vigendo il Codice civile austriaco, e a termini del § 164 di questo, quanto se venga fatta valere, vigendo il Codice civile italiano, in base al § 163 del Codice civile austriaco ove, in questo secondo caso, essa non venga impugnata, oppure lo sia da chi vi ha interesse, con una controprova, che il giudice italiano, e che egli non aveva ragione di escandere.

La seconda delle due tesi, avvertite dapprincipio nella citata sentenza della Cassazione di Firenze, suppone un riconoscimento di prole adulterina già posto in essere sotto l'impero del diritto austriaco. È quindi soltanto per associazione di idee che io prendo ora occasione dalla sentenza in discorso per domandarmi, se un tale riconoscimento potrebbe ancora farsi vigendo il Codice civile italiano, rispetto a prole nata o concepita vigendo il Codice civile austriaco, in virtù degli art. 6 e 7 disposizioni transitorie, già più volte citati.

Io rispondo a questa domanda affermativamente, e, ben s'intende, in virtù delle cose dette sopra, tanto se trattisi di riconoscimento spontaneo, secondo il § 164 del Codice civile austriaco, quanto se di riconoscimento giudiziale, secondo il § 163 di detto codice.

Imperocchè, riservando in generale la legge transitoria civile agli illegittimi nati e concepiti sotto l'impero del diritto anteriore l'applicazione di questo diritto in materia di prova della paternità, tutti quei nati e concepiti, che per il diritto anteriore potevano essere riconosciuti spontaneamente o giudizialmente, devono poterlo essere ancora sotto l'impero del diritto nuovo; quindi anche i nati e concepiti adulterini, poichè è certo che il Codice civile

austriaco ammetteva anche il riconoscimento di questa prole illegittima. Sarebbe arbitraria interpretazione della citata legge transitoria il riferirla al diritto anteriore soltanto per ciò che riguarda i mezzi di prova della illegittima paternità, e non anche anzitutto per ciò che riguarda le categorie delle persone che di tale prova possono fare uso. Manifestamente il legislatore italiano, coll'adottare quel principio di diritto transitorio, ha inteso di riconoscere nella prole naturale, nata o concepita sotto una legge anteriore, un gius quesito alla prova della paternità, e questo diritto quesito, desunto da quella legge, deve certamente riconoscersi in tutti coloro, a cui essa avrebbe potuto applicarsi, fra le quali persone erano per diritto austriaco non solamente i figli semplicemente naturali, ma anche gli adulterini e gli incestuosi. Sarebbe arbitraria interpretazione il reputar sottintesa negli art. 6, 7 più volte citati la esclusione della prole naturale di quella specie, dal novero di coloro che ne possono approfittare.

Dimostrata la paternità adulterina o incestuosa di prole, nata o concepita sotto l'impero del diritto austriaco, e a termini di questo, e così posta questa prole, di fronte al diritto italiano, nella stessa condizione personale di quella semplicemente naturale, la cui paternità sia stata nello stesso modo dimostrata, e di quella semplicemente naturale concepita e riconosciuta vigendo il Codice civile italiano e a termini di questo, essa deve anche certamente acquistare, di fronte al padre, dal giorno della dimostrata paternità, tutti i diritti che la legge italiana fa conseguitare, direttamente o indirettamente, allo stato di figlio naturale riconosciuto.

Fra i diritti acquistati per legge direttamente si annoverano le prerogative personali, come sarebbe il portare il cognome del padre dichiarato, mentre il Codice civile austriaco impone ai figli naturali, riconosciuti o no, di portare il cognome della madre (§ 165). Fra i diritti acquistati indirettamente vi ha quello della successione *ab intestato*, e della porzione legittima. Questa seconda cosa ha dichiarato la surriferita sentenza nella seconda sua tesi, ed io credo, che non ci possa essere dubbio nessuno circa la fondatezza di codesta pronunzia (1).

---

(1) Chi tien dietro all'andamento della giurisprudenza nostra in materia di paternità naturale vi scorge la tendenza a una interpretazione estensiva, a un *favor*, direbbesi, *paternitatis*, a imitazione del *favor legittimitatis*. Invero, se, per

esempio, non si può censurare la *decisione* della Cass. di Torino 5 dicembre 1902 (*Foro it.* 1903, 1050) la quale reputa sentenza, contemplata dall'art. 193 al. 1°, anche quelle che condanna il seduttore al risarcimento della donna sedotta, la prevalente dottrina però che sia possibile azione di risarcimento per seduzione, la quale azione implica manifestamente la dimostrazione che la prole di una data donna sia effetto della seduzione di questa da parte di un dato uomo, non ha manifestamente altro carattere che lo anzi detto. Vi è stata persino una Corte d'Appello, quella di Perugia, in una sentenza 7 marzo 1907 (*Mon. Trib.* 1907, 71), la quale dichiarò possibili le ricerche della paternità per dimostrare che un tale debba rispondere della sifilide congenita alla di lui prole comunicata da questa alla nutrice! Questi ed altri esempi della suaccennata tendenza sono altrettante manifestazioni del bisogno sempre più sentito in Italia che si abolisca l'art. 189 del Codice civile e si ammetta, colle necessarie cautele, s'intende, la ricerca della paternità.

Da quando decorra la prescrizione quinquennale dell'azione di rescissione o di nullità, contro atti di donne maritate debitamente autorizzate.

Prevale nella nostra giurisprudenza l'opinione che la prescrizione quinquennale dell'art. 1300 decorra dallo scioglimento del matrimonio soltanto rispetto agli atti compiuti dalla moglie senza l'autorizzazione del marito, non anche rispetto a quelli autorizzati. Così infatti sentenziarono la Corte d'appello di Roma, 19 luglio 1888 (*Foro it.*, 1888, I, 1244), la Corte di Aquila, 8 maggio 1885 (*ib.*, Rep. 1885, voce *Donna maritata*, n. 31), e la Corte d'appello di Torino, 16 settembre 1887 (*ib.*, Rep. 1887, voce *Obbligazione*, n. 64). Dello stesso avviso furono fin qui tutti i civilisti e, fra gli altri: Ferrarotti, *Comm. teor. pratico al Cod. civ. it.*, VIII, 675; Cattaneo e Borda, *Il Cod. civ. it.*, III, n. 977; Boggio, *Delle persone fisiche incapaci*, II, 655; Borsari, *Comm. al Cod. civ. it.*, III, p. 771; Pacifici-Mazzoni, *Istit. V*, 2ª ed., p. 276; Pochintesta, *Trattato delle obbligazioni*, 2ª ed., p. 40. Di tutti questi scrittori, però, i soli Pochintesta e Boggio tennero conto dell'apparente difficoltà che incontra la tesi loro nella generica dizione dell'art. 1300: *gli atti delle donne maritate.* La Corte di Lucca tenne il contrario avviso in una sentenza 31 dicembre 1890 (*Foro it.*, 1891, 1, 1326), che venne poi cassata dalla Cassazione di Firenze con sentenza 26 novembre 1891 (*Giur. it.*, 1892, I, 1, 66).

Io pure sono dell'avviso contrario a quello della Corte di Lucca, ed ecco le ragioni, che io contrappongo all'argomentazione di questa.

Certamente la locuzione dell'art. 1300 è generica, nè distingue fra atti delle donne maritate, autorizzati o non autorizzati: ma se è vero che *ubi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus*, vero è altresì che *scire leges etc.*, che *incivile est nisi tota lege perspecta etc.*, e che in virtù di questi canoni direttivi della interpretazione *logica*, la quale non può mai scompagnarsi dalla letterale, talvolta il disposto letterale di una legge, per quanto chiaro sia, può e deve subire una applicazione restrittiva o estensiva, cioè venire ristretto o esteso a minore o maggior numero di casi, che non abbia effettivamente il legislatore con espressi e chiari termini designato. Ed ora a me sembra che, se vi hanno casi di necessaria interpretazione restrittiva di una legge, questo di cui si ragiona sia appunto uno.

E prima di prendere in esame il contenuto dell'art. 1300, parmi opportuno premettere alcune considerazioni circa i criterî generali del diritto civile intorno alla condizione giuridica delle persone non fornite di piena capacità di diritto.

Queste persone sono, nel Codice civile italiano, il minorenne, il minore emancipato, l'interdetto, l'inabilitato e la donna maritata.

Ma la non piena capacità di queste persone è in realtà una varia misura di capacità.

Il minore, sottoposto a patria potestà o a tutela, e l'interdetto, sottoposto del pari a tutela, sono persone totalmente destituite della capacità di acquistare e di disporre. Il minore emancipato, invece, l'inabilitato e la donna maritata non sono incapaci, in generale parlando, che di quegli atti di padronanza che eccedono la semplice amministrazione, e in sostanza la condizione di capacità di queste tre categorie di persone si può dire, con lievi differenze soltanto, la medesima (confr. art. 134, 317, 339, Cod. civ.). Mentre, rispetto ai primi, la qualità della persona decide della sua condizione giuridica, e non si ha riguardo ai loro atti per distinguere taluni di questi dagli altri, rispetto ai secondi invece devesi aver riguardo agli atti per determinare la capacità della persona. Onde accade che, mentre l'interdetto e il minore non emancipati sono sempre e nell'egual misura incapaci di atti qualsiasi di padronanza, il minore emancipato, invece, l'inabilitato e la donna maritata, appariscono persone capaci o incapaci secondo la natura degli atti che intraprendono. Questa *dualità* di persona e *di capacità* nel minore emancipato, nell'inabilitato e nella donna maritata, con-

trapposta all'*unicità di persona* e *di incapacità* nel minore non emancipato e nell'interdetto, è un concetto di molta utilità e importanza per determinare esattamente l'applicazione dei provvedimenti che a loro favore statuiscono le leggi e, fra le altre, l'art. 1300 del Codice civile.

Imperocchè tale *dualità* frae seco la conseguenza che le dette persone, rispetto agli atti che da sè sole non possono intraprendere, sono nella medesima condizione giuridica in cui trovansi il minore e l'interdetto rispetto a tutti gli atti; cioè invalidamente pongono in essere quegli atti senza il consenso, validamente prestato, dal padre, dal curatore, dal marito, e rispetto agli atti che possono porre in essere da sole, sono in una condizione in cui di per sè soli il minore e l'interdetto non si possono mai trovare, cioè o sono equiparate ai maggiorenni liberi (minore emancipato), o sono e rimangono vere e proprie persone maggiorenni e libere (inabilitato, donna maritata).

E di qui l'altra conseguenza, che il minore emancipato, l'inabilitato e la donna maritata hanno diritto alla stessa protezione legale del minore e dell'interdetto rispetto agli atti che essi non pongono in essere col consenso del padre, o curatore, o marito, ma che avrebbero dovuto in questa guisa porre in essere, mentre per tutti gli altri atti, cioè pel rimanente delle loro personalità e operosità giuridiche, non hanno diritto a maggiore protezione di quella che la legge accorda ai maggiorenni, aventi pienezza di capacità. E, si noti bene, se anche si potesse ritenere che la legge accordasse una speciale protezione ai minorenni e agli interdetti, non ostante che per essi avessero agito validamente il padre o il tutore, codesta protezione non potrebbe mai per via di interpretazione estendersi analogamente ai minori emancipati, agli inabilitati e alle donne maritate, perchè tale protezione, benchè accordata ad atti validamente compiuti nell'interesse del minore e dell'interdetto, non potrebbe non conservare il carattere di protezione della persona anzichè degli atti, e propriamente di quell'unica personalità incapace, che ho detto sopra la legge ravvisare in quegli individui, anteriormente al loro operare.

Ed ora coteste chiare e sicure premesse rendono facile la soluzione della quistione se, in particolare, la donna maritata possa agire in rescissione o nullità di un atto posto in essere coll'autorizzazione maritale, dentro un quinquennio computabile dallo

scioglimento del matrimonio, oppure da computarsi dalla data stessa dell'atto in quistione.

Il potere computare la prescrizione dell'azione di rescissione o di nullità dalla cessazione dell'incapacità totale o parziale è appunto una delle protezioni che la legge accorda a tutte le persone non capaci totalmente o parzialmente. Posto adunque in genere che la protezione legale de' *parzialmente incapaci*, rispetto a certi atti soltanto, è una parziale imitazione di quella accordata ai totalmente incapaci, e propriamente un'applicazione che la legge fa della protezione dell'*unica personalità* del minore e dell'interdetto, a quella parte di personalità, o a quella delle *due personalità* del minore emancipato, dell'inabilitato, della donna maritata, che riflette certi loro atti, ne consegue che, rispetto alla donna maritata, in particolare, come rispetto alle altre persone parzialmente incapaci, onde risolvere la esposta quistione si deve anzitutto por mente a ciò che la legge dispone circa il decorso della prescrizione dell'azione di rescissione contro gli atti dei minori e degli interdetti.

Può il minore o l'interdetto agire in rescissione di un atto fatto validamente dal padre o dal tutore?

Nella giurisprudenza francese vi ha chi risponde affermativamente, ad es. il Larombière (*Oblig.*, art. 1304, n. 26), e anche in Italia vi ha chi pensa in questo modo, ad es. il Mattei (*Comm. al Cod. civ. it.*, art. 1300, n. 12); ma io credo del tutto erronea questa opinione, e vera la opinione contraria, seguìta anche dalla surriferita decisione della Corte di Lucca.

Io credo cioè che, se la opinione affermativa può in qualche modo sostenersi nel Codice civile francese, e anche lo poteva nel Codice albertino, non lo possa affatto nel Codice civile italiano. E ciò perchè quello che dispone quest'ultimo codice all'art. 1304 rispetto agli atti validamente posti in essere nell'interesse di un minore, di un interdetto o di un inabilitato, è alquanto differente dal disposto dei corrispondenti art. 1314 del *Code civil* e 1406 del Codice albertino. In questi due articoli, quasi del tutto identici, si dice, a proposito di alcuni atti soltanto intrapresi nell'interesse delle dette persone, cioè delle alienazioni di immobili e delle divisioni d'eredità, che, rispetto ad essi, intrapresi debitamente, le persone medesime sono considerate come se li avessero posti in essere nella maggiore età, o prima dell'interdizione. Invece il Codice civile italiano nell'art. 1304 stabilisce che *tutti gli atti* posti

in essere validamente nell'interesse di un minore, di un interdetto o di un inabilitato hanno la forza che avrebbero se fossero fatti da un maggiorenne pienamente capace. Questa generalità di disposizione, e questa locuzione *hanno la forza*, sono state certamente adoperate dal legislatore allo scopo di rendere più manifesta la piena equiparazione degli atti validamente intrapresi dal padre o dal tutore nell'interesse del minore o dell'interdetto agli atti dei maggiorenni, con tutti gli effetti di questi atti. Ora, fra gli effetti di questi atti vi ha certamente anche la rescindibilità de' medesimi, e con questa rescindibilità, anche la durata e il principio della relativa prescrizione. E dunque, rispetto agli atti validamente intrapresi nell'interesse dei minori e degli interdetti, la prescrizione quinquennale dell'azione di rescissione, promossa dai loro rappresentanti, e non già da essi medesimi, deve cominciare dalla stessa perfezione di ogni singolo atto, e non già dalla maggior età o dalla cessazione dell'interdizione. Si adduce in contrario il generale disposto dell'art. 2120, che le prescrizioni non corrono contro i minori non emancipati e contro gli interdetti per infermità di mente. Ma egli è risaputo che i generali principî del Codice civile intorno alla prescrizione ricevono determinazioni e modificazioni da più speciali disposizioni del codice medesimo intorno a speciali loro applicazioni, ed una di queste speciali disposizioni è appunto l'art. 1304, concernente sotto ogni rispetto, e quindi anche sotto quello della durata e del punto di partenza della prescrizione di una eventuale azione rescissoria, gli atti de' minori e degli interdetti, posti in essere validamente dai loro legali rappresentanti. Forsecchè, in virtù di tale limitazione o deroga, non rimane bastevole cerchia di applicazione all'art. 2120 nell'interesse dei minori e degl'interdetti? No, davvero, perchè, escluso che la prescrizione sia sospesa, a favore di queste persone, riguardo alle azioni dirette ad impugnare gli atti dei loro rappresentanti, rimane che ella sia sospesa riguardo alle azioni che alle stesse persone competerebbero contro ogni altra specie di atti, che pur li concernano, per ogni altro titolo. Infinite sono le contingenze di fatto, sia accadute durante la minore età, o durante l'interdizione, sia accadute durante la vita di coloro a cui i minorenni o l'interdetto succedettero come eredi, dalle quali i medesimi possono desumere azioni civili, che non si prescrivono fino alla maggiore età o alla cessazione della interdizione.

Or, se neppure i minori e gl'interdetti possono computare la prescrizione dell'azione di rescissione contro gli atti dei loro legali rappresentanti, dalla cessazione della minor età o della interdizione, apparisce impossibile, in virtù delle cose osservate sopra, ritenere che, in particolare, la donna maritata possa dallo scioglimento del matrimonio computare la prescrizione dell'azione di rescissione di atti, posti in essere da lei col consenso del marito.

E, prescindendo anche dalle cose già dette circa l'interpretazione dell'art. 2120 rispetto ai minori e agli interdetti, mi sembra strana l'idea di taluno, che il disposto di quest'articolo, interpretato in modo contrario all'anzidetto, si possa per analogia estendere ai minori emancipati, agli inabilitati e alle donne maritate. Prima di tutto la parziale analogia fra la condizione di queste persone e quella del minore e dell'interdetto è pure accompagnata, come ho notato sopra, da una sostanziale differenza. E poi, ciò che più monta, pei minori emancipati e per gli inabilitati vi ha una apposita disposizione nell'art. 2119, che sospende la prescrizione fra queste persone e il loro curatore, cioè questa prescrizione soltanto. Ciò è quanto dire che corre la prescrizione a danno del minore emancipato e dell'inabilitato in confronto di tutte le altre persone, e quindi, in particolare, per ragione di tutti gli atti che quelli possono fare da sè. E poichè la condizione della donna maritata si può certamente equiparare piuttosto a quella del minore emancipato e dell'inabilitato, che non a quella del minore e dell'interdetto, dovrà pur certamente la prescrizione correre anche contro di lei tanto per gli atti suoi che non abbiano bisogno di autorizzazione maritale, quanto per quelli a cui la necessaria autorizzazione maritale sia stata effettivamente prestata.

Tutto ciò, considerando la proposta quistione al solo lume dei generali principî intorno alla condizione giuridica delle persone non pienamente capaci, e, in particolare, intorno alla prescrizione a danno delle medesime.

Vengo ora ad esaminare la questione di fronte all'art. 1300, che suol essere preso subito di mira da coloro che finora ebbero a trattarla.

Non è possibile, dico io, che l'art. 1300 abbia voluto contraddire a ciò che risulta tanto chiaro dagli altri articoli suaccennati, alla generale dottrina che in essi è così chiaramente contenuta. Se nell'art. 1300 si parla di còmputo della prescrizione delle azioni di

rescissione o di nullità degli atti delle donne maritate, dallo scioglimento del matrimonio, senza distinguere fra atti non autorizzati dal marito, mentre avrebbero dovuto esserlo, e atti autorizzati, non si può affatto ritenere che il legislatore non abbia avuto di mira esclusivamente i primi, mentre è certo ed evidente che ciò consegue necessariamente dall' indole propria della condizione giuridica, sia delle donne maritate, sia delle altre persone non pienamente capaci, e dal rapporto in cui questa condizione si trova con quella dei minorenni e degli interdetti. Si deve invece ritenere che il legislatore italiano, parlando delle donne maritate, abbia omesso l' epiteto *non autorizzate*, adoperato dal *Code civil* e dal Codice albertino, reputandolo a buon diritto superfluo. Non è neppure caso codesto di interpretazione restrittiva della lettera della legge, è caso invece di una interpretazione logica semplicissima e pianissima, consistente soltanto nello interpretare l'art. 1300 ciò che nel primo libro del codice è detto intorno alla condizione giuridica delle donne maritate, e il chiaro significato che queste disposizioni ricevono dal confronto loro con ciò, che nel libro medesimo e in altre parti del codice è statuito circa la condizione giuridica sia dei minori emancipati e degli inabilitati, sia dei minorenni e degli interdetti.

E veramente lo stesso ordine che il legislatore italiano ha dato nell'art. 1300 alle disposizioni concernenti le vari categorie di incapaci che vi sono enumerate, diversamente dal *Code civil* e dal Codice albertino, serve a confermare ciò che la natura delle cose impedisce di revocare in dubbio. Nell'art. 1300 italiano non è fatta, come nei detti codici, confusa menzione delle azioni nascenti da violenza o errore, e di quelle nascenti da incapacità; delle prime è parlato dapprima, delle seconde dopo, procedendo da quella dei maggiorenni interdetti o inabilitati a quella dei minorenni, e poi a quella delle donne maritate. Con ciò il legislatore ha dato a divedere chiaramente che nella mente sua havvi una formale analogia fra gli atti di tutte queste persone, affetti da quei vizi, e poichè gli atti dei minori e degli interdetti, avuti di mira nell'articolo, sono certamente, come ho dimostrato sopra, quelli non posti in essere validamente dai loro legali rappresentanti, così la detta analogia non può, quanto agli inabilitati e alle donne maritate, concernere altri atti che quelli pei quali a queste persone è richiesto, ma non è stato prestato, il consenso dal curatore o dal marito.

Manca nell'art. 1300 la speciale menzione del minore emancipato, ma qui lo si può davvero interpretare estensivamente, come già nella giurisprudenza del Codice civile e del Codice albertino questa interpretazione aveva prevalso rispetto all'inabilitato, che alla loro volta quei codici avevano dimenticato di menzionare nei rispettivi art. 1304, 1395.

In tal guisa adunque interpretato l'art. 1300, viene questo a trovarsi in piena armonia, a collegarsi organicamente cogli altri accennati sopra in materia di incapacità personale, di prescrizione delle azioni contro le persone pienamente e non pienamente incapaci, e di prescrizione in particolare contro gli atti validamente intrapresi nell'interesse dei minori e degli interdetti. E da tutti questi passi di legge, nel detto modo interpretati e fra loro collegati, risulta un vero sistema, chiaro, completo, razionale, le cui poche parziali lacune, come l'omessa menzione del minore emancipato nell'art. 1300, e della donna maritata nell'art. 1304, sono facilmente riparate e completate mediante confronto cogli altri articoli ed elementi del sistema. Se invece si voglia il disposto dell'art. 1300, relativo alle donne maritate, riferire anche agli atti di queste, autorizzati dal marito, non è più possibile sistema, e non si può più nulla comprendere della dottrina del codice intorno alla subbietta materia. Imperocchè, per evidente analogia, bisognerà dire lo stesso rispetto agli atti dei minori, degli interdetti e degli inabilitati, validamente posti in essere dai loro rappresentanti; e allora non si capisce più l'art. 1304, e l'art. 2120 viene ad avere un significato così generale, da trovarsi in contraddizione collo stesso art. 1304, e l'articolo 2119 non si comprende più, in quanto esso concerne minori emancipati e maggiori inabilitati.

Al quale sconvolgimento, alla quale confusione di idee non è davvero lecito supporre che abbia dato causa un legislatore, il quale durante la confezione della legge non ha dato per nulla a divedere che volesse abbandonare la costante dottrina delle legislazioni e della giurisprudenza francese e sarda, mentre ne ripeteva tutte quante le sostanziali disposizioni, e ometteva soltanto, rispetto alle donne maritate, le parole *non autorizzate*, le quali, mentre si possono certamente, devonsi anche certamente, sottintendere, appunto perchè altrimenti si contraddirebbe a quelle sostanziali disposizioni, tenute ferme e ripetute.

Nè io arrivo a comprendere come taluno trovi inammissibile che

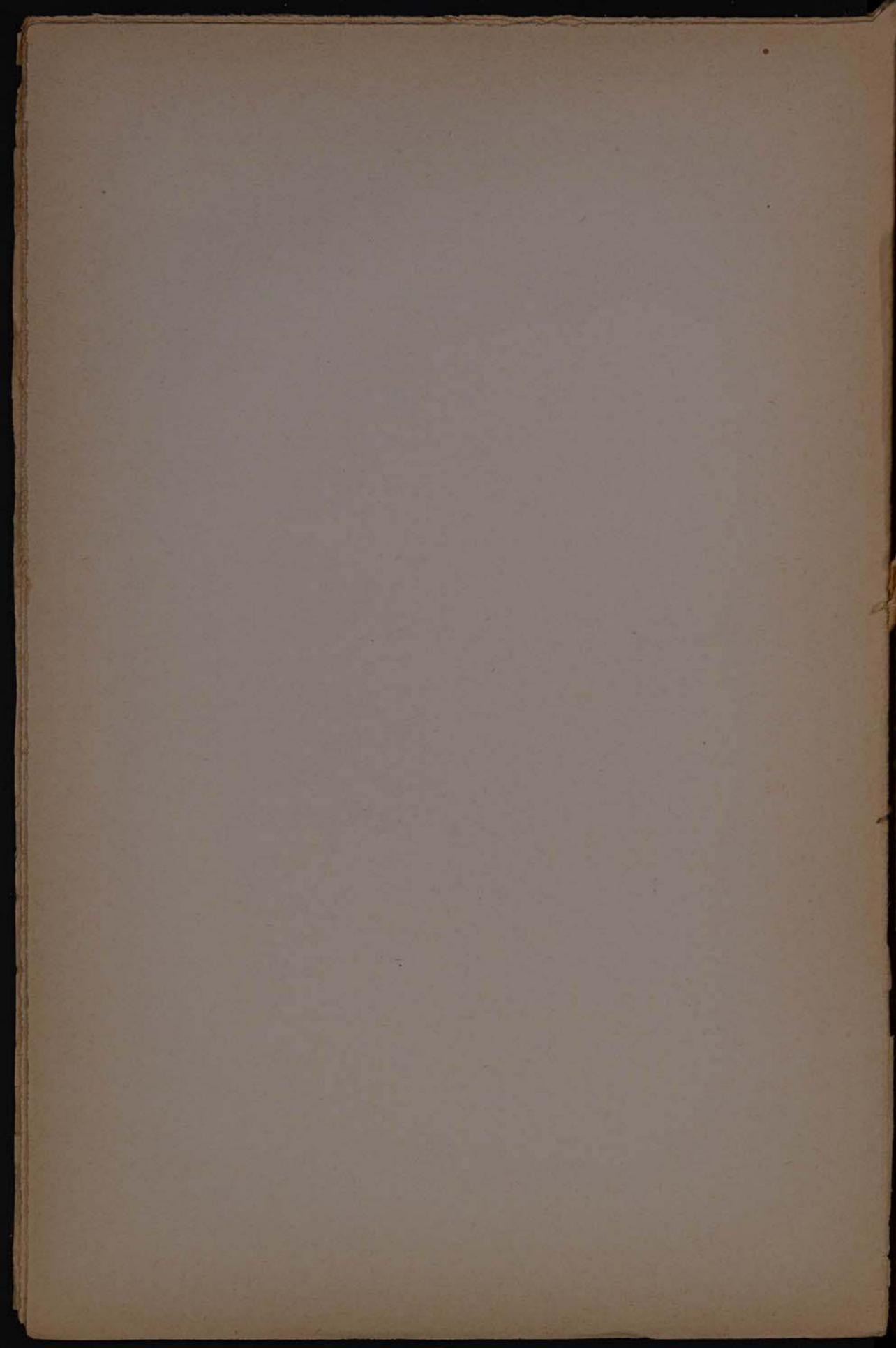
si istituisca un diverso modo di determinare il punto di partenza della prescrizione delle azioni di rescissione o di nullità contro gli atti della donna maritata, autorizzati dal marito, e quello della prescrizione di quelle azioni contro gli atti della donna maritata, mancanti della necessaria autorizzazione maritale. La moglie autorizzata è parificata ai maggiorenni capaci; essa col marito, e il marito con lei sapranno bene agire in rescissione o in nullità, come hanno saputo accordarsi onde porre in essere un atto formalmente valido; mentre invece la moglie, che non si fece autorizzare, come avrebbe dovuto, si è in pari tempo creata con ciò una difficoltà a determinare il marito ad accordarsi con lei per ispiegare quelle azioni.

Per tutte queste ragioni io reputo sicura la tesi opposta a quella professata nella surriferita decisione lucchese. Che cosa vi si legge infatti che si possa contrapporre alle medesime? Due ragioni sole, inconcludentissime. La prima si è il letterale disposto dell'art. 1300, che non fa distinzione fra donne maritate autorizzate e non autorizzate, il quale argomento è una petizione di principio di fronte a chi pensa che questa distinzione, non fatta espressamente dal legislatore, deve essere sottintesa. La seconda ragione è il non trovarsi accennate nell'art. 1304 le donne maritate accanto ai minori, agli interdetti e agli inabilitati. Ma codesta mancata menzione non può significare esclusione, se si riflette non essere ammissibile che il legislatore abbia voluto accordare alle donne maritate una prestazione maggiore che ai minorenni e agli interdetti, non che agli inabilitati, e che la stessa giurisprudenza francese e albertina ammisero sempre applicarsi agli inabilitati il disposto degli art. 1304, 1395 dei Codici civili francese e albertino, quantunque menzionati non vi fossero, la quale interpretazione diventò testo di legge nell'art. 1300 del Codice civile italiano (1).

---

(1) Le stesse tesi da me sostenute in questo capitolo lo furono pure dall'avv. Michele Paladini. *Della successione dei figli legittimi nati avanti l'attuazione del Codice civile italiano*. Treviso, 1885.

PARTE SECONDA

QUESTIONI DI DIRITTO REALE

Dell'alienabilità delle cose sacre in generale e delle chiese in particolare.

Più volte è surta nella giurisprudenza nostra, e quasi sempre nello stesso modo è stata finora risoluta, la quistione: se le cose sacre siano o non siano *res extra commercium.* La Corte di Genova, in una sentenza 13 febbraio 1885 (*Foro it.*, 1885 I, 589), dichiarò che le chiese non sono fuori di commercio, e ciò perchè il nostro codice non ripete il disposto dell'art. 436 Cod. albertino, il quale disponeva non potersi i beni della Chiesa alienare se non colle forme e regole loro proprie, e invece sottopone questi beni alle leggi civili, e perchè, considerate anche come cose di uso pubblico, le chiese non sono per questo fuori commercio, poichè tali il legislatore non le ha dichiarate, comprendendole nel novero dell'art. 427 cod. civ. La Corte di Venezia, in una sentenza 3 marzo 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 380), dichiarò il contrario, argomentando dalla destinazione delle chiese al pubblico uso, ragione vera, questa destinazione, dell'inalienabilità sancita dall'art. 430 Cod. civ. quanto ai beni del demanio pubblico, e dall'analogia fra questi beni e le chiese (art. 3 disp. prel. Cod. civ.); ed oltracciò, argomentando dalle leggi sull'imposta dei fabbricati, sulla soppressione delle corporazioni religiose, sull'asse ecclesiastico e sulla conversione dei beni delle fabbricerie. Nello stesso senso decisero: Corte di Catania, 21 marzo 1881; Corte di Napoli, 27 maggio 1881; Corte di Casale, 1 luglio 1873; Corte di Brescia, 7 dicembre 1870. La Cassazione di Firenze, con sentenza 16 febbraio 1888 (*Foro it.*, 1888, I, 1189), dichiarò pure fuori di commercio le chiese, considerandole non come cose

destinate al pubblico uso, o appartenenti al pubblico demanio, ma come cose sacre, e tutte le cose sacre, mentre osservò non aver il Codice civile contemplate, reputò doversi per ciò solo ritenere anche oggi sottoposte all'anteriore diritto pubblico ecclesiastico, e quindi fuori di commercio. Lo stesso dichiarò la Cassazione di Roma, in una sentenza 19 marzo 1890 (*ib.*, 1890 I, 748), nella quale, oltre alle stesse ragioni addotte dalla Cassazione di Firenze, argomentò anche dallo spirito della nostra legislazione. Come questa riconosce e tutela con speciali ed eccezionali provvedimenti le chiese e le cose sacre, sarebbe contraddizione in lei il non riconoscere in pari tempo che le cose sacre siano *extra commercium*. E anche lo stesso ebbero a dichiarare la Corte d'Appello di Genova in una sentenza 17 dicembre 1895 (*Foro it.*, 1896, 912), e Corte d'Appello di Napoli in una sentenza 17 maggio 1905 (*ib.*, 1907, 1, 1186). — Prevale adunque decisamente nella giurisprudenza nostra la opinione che le cose sacre, e le chiese in particolare, siano *extra commercium*, ma differenti sono le vie adottate onde venire a questa conclusione, argomentando gli uni dal generale carattere di beni ecclesiastici spettante alle cose sacre, gli altri invece dallo speciale carattere di essere al culto consacrate.

Due chiarissimi professori di diritto hanno trattato il medesimo tema, e precisamente in occasione della accennata sentenza della Cassazione di Firenze 16 febbraio 1888, e sono il Mortara ed il Chironi. Anche di questi giureconsulti è doveroso di ricordare l'opinione e l'argomentazione.

Il Mortara (*Foro it.*, 1888, 1, 1189) è contrario alla tesi che le chiese siano *extra commercium*, perchè, egli dice, le chiese, e in generale le cose sacre, non sono *res nullius*, ma bensì, per virtù dell'art. 434 Cod. civ., sono proprietà degli *istituti ecclesiastici*, e sottoposte alle leggi civili; quindi sottratte affatto all'impero del diritto ecclesiastico. E sono beni alienabili, benchè la loro valida alienazione supponga il consenso del Governo. Quanto alle chiese parrocchiali in particolare, il Mortara avvisa che l'istituto ecclesiastico a cui appartengono siano le fabbricerie.

Il Chironi (*Foro it.*, 1889, 1, 580) è contrario anch'egli alla tesi che le cose sacre e le chiese siano *res extra commercium*. Egli premette che pel diritto canonico, basato sul romano, le *res sacrae*, *res benedictae*, sono *extra commercium*, ma non già *res nullius*, come nel diritto romano, imperocchè esse spettano invece alla Chiesa,

rappresentata dagli istituti della diocesi e della parrocchia. Poscia, nel diritto odierno, egli osserva che in Francia, dopo l'indemaniazione di tutti i beni ecclesiastici, e dopo il concordato, quelli fra i detti beni che vennero restituiti alla Chiesa, continuano ad essere reputati di spettanza del demanio pubblico, e per ciò solo *extra commercium*, senza distinzione fra cose sacre e non sacre. Nel diritto italiano, invece, tutte queste cose non possono reputarsi *extra commercium*, perchè al demanio pubblico non appartengono, e perchè sono dalla legge dichiarate alienabili. Nè potrebbesi tentare di includere le cose sacre nel novero dei beni del demanio pubblico, in ragione della loro destinazione all'uso pubblico, imperocchè l'enumerazione fatta nell'art. 427 Cod. civ. è tassativa.

Tale lo stato attuale della grave questione suddetta nella giurisprudenza nostra. Dirò ora anch'io modestamente ciò che ne penso.

La prima cosa che io debbo osservare, si è la ripugnanza della dottrina della commerciabilità delle cose sacre al sentimento religioso della nazione. Lo stesso prof. Chironi riconosce che la tesi da lui propugnata è penosa alle coscienze cristiane, imperocchè dice: " potranno le conseguenze (del suo principio) ferire il sentimento religioso ". Lo ferirebbero di certo, e proprio a sangue. Assistere, p. es., all'incanto e all'aggiudicazione, magari a persone d'altro culto, di una chiesa parrocchiale ufficiale, perchè non sia stato finito di pagare l'appaltatore della costruzione; o vedere nella vetrina di un giojelliere un ostensorio consacrato, e magari contenente ancora l'ostia consacrata, proveniente da furto fatto più di due anni prima in una sacristia, sarebbero spettacoli incomportabili ad ogni italiano di qualunque culto, purchè appena capace di intendere ciò che sia la religione per gli altri, se non anche per sè stesso, e che lo indurrebbero a credere che la legge è stata mal compresa e violata, o che è affatto improvvida, indegna della nazione, i cui più vitali sentimenti essa deve rispettare, onde essere rispettata; meritevole quindi di prontissima correzione. Se, per conseguenza, i nostri tribunali si sono fatti a trattare la quistione colla prevenzione che le leggi nostre non potessero tali scandali tollerare e contenere, e se fecero ogni sforzo onde interpretarle corrispondentemente, io non posso che encomiarli di questo loro proposito. Io ho sempre creduto infatti, e l'ho anche più di una volta proclamato, che la prima orientazione del giureconsulto, in ogni

grave quistione sottopostagli, deve essere secondo le esigenze della ragione, dell'onestà, della convenienza, non potendosi mai supporre che il legislatore abbia voluto contravvenire deliberatamente a tutti questi riguardi, e non dovendosi neppure una contravvenzione indiretta e inconsapevole ammettere per sola virtù di parole di cui il legislatore siasi servito onde esprimere un più generale suo concetto, se non quando quelle parole non si possano fuorchè in un dato modo interpretare, senza far loro violenza, e sia quindi il caso di dire: *dura lex, sed tamen lex.* Se poi quel savio proposito dei tribunali nostri abbia veramente fatto trascendere a questi i giusti limiti della interpretazione delle leggi, come pensano i due professori surricordati, e se veramente, come questi opinano, il vero intendimento e la lettera delle nostre leggi vi ripugnino affatto, rimane a constatare.

E qui debbo subito soggiungere che, a mio giudizio, e con tutto il rispetto dovuto ai nominati due professori, entrambi costoro hanno posto male la quistione, cioè l'hanno propriamente spostata dal suo vero terreno.

L'uno e l'altro infatti, d'accordo colla sola Corte di Genova, negano in sostanza la non-commerciabilità delle cose sacre, perchè queste non sono più oggidì *res nullius*, e non sono neppure beni del demanio pubblico, ma sono, a loro avviso, proprietà dei singoli istituti ecclesiastici, la cui alienazione ha soltanto bisogno dell'assenso del Governo (art. 434 Cod. civ.). Confondono essi, cioè, la quistione della commerciabilità delle cose sacre, con quella della loro appartenenza, e questo è l'errore, in cui parmi che essi abbiano incappato. Imperocchè ciò di cui si discute è la commerciabilità delle cose sacre, e questa quistione non è affatto collegata con quella della loro appartenenza. Che queste due quistioni debbano tenersi distinte, ebbe già ad osservarlo la Cassazione di Firenze, ed io credo che, ciò dicendo, essa abbia avuto ragione. Certamente, se le cose sacre, anzichè appartenere o a persone morali ecclesiastiche, come parrocchie, diocesi, o a persone private, le quali ultime le abbiano destinate ad uso proprio e pubblico ad un tempo, o soltanto al primo, spettassero al demanio pubblico, sarebbero perciò solo inalienabili, perchè il legislatore le avrebbe al demanio pubblico ascritte, appunto per metterle fuori di commercio. Ma se anche esse debbansi ritenere appartenenti a persone morali o private, non si può per questo solo motivo, cioè perchè

al demanio pubblico non appartengono, ammettere la loro commerciabilità. Imperocchè non è affatto incompatibile la appartenenza delle cose sacre a persone morali ecclesiastiche od altre qualunque, colla esclusione loro dal commercio; potrebbero quelle cose a quei subbietti appartenere, e in pari tempo essere fuori di commercio; appartenere, cioè, alla condizione che non venissero mai alienate, nè in altre mani si potessero mai trovare; lo potrebbero, se la legge lo avesse voluto. Il che appunto è a ricercare e definire, ed è la vera quistione di che si tratta, non risoluta ancora, ma da risolversi (1).

Chi ora si faccia allo studio di questa quistione, può veramente credere sulle prime che dalle considerazioni del Chironi e del Mortara si possa con fondamento desumere una risposta negativa. Ammesso infatti, e sulle prime può sembrare che si possa ammettere, che le cose sacre siano quegli stessi beni spettanti agli istituti ecclesiastici, di cui all'art. 434 Cod. civ., non è più possibile reputarle fuori di commercio, non già per la sola ragione che a quegl'istituti spettino, anzichè essere *res nullius*, o cose del pubblico, ma perchè il detto articolo del codice civile sottopone tutti i beni degl'istituti ecclesiastici alle *leggi civili*, salvo l'approvazione governativa per la loro alienazione; il che esclude manifestamente il concetto della loro non commerciabilità. E di ciò appunto sono convinti i detti professori, e con essi, fra i tribunali italiani, la sola Corte di Genova. Ma ben riflettendo, io non posso affatto approvare codesta argomentazione.

Si possono veramente le cose sacre ascrivere ai beni ecclesiastici, di cui l'art. 434 Cod. civ.? Lo nega la Cassazione di Firenze, ed io credo fermamente che essa abbia ragione.

L'art. 434 vien dopo l'art. 433, ed è un sèguito di questo. Dopo

---

(1) L'avv. F. Atzeri Vacca, in una pregevolissima *Allegazione forense* in causa Ospizio Carlo Felice di Cagliari contro Municipio di Cagliari (Cagliari 1896), propugna pure la tesi che l'appartenenza delle chiese, addette a culto pubblico, a persone pubbliche o private, non è a confondersi con quella della loro alienabilità. E convalida con opportune citazioni, specialmente canoniche, l'appartenenza di quelle chiese a comunità parrocchiali o diocesane o a corporazioni religiose, o a privati. Cita in appoggio anche due sentenze della Cassazione di Roma, 31 maggio 1878 (*F. it.*, 1880, 1, 267), e 28 gennaio 1881 (*Ib.*, 1881, 1, 132), e le testimonianze di molti giureconsulti odierni riputatissimi.

avere cioè l'art. 433 statuito che gli istituti civili ed ecclesiastici possono possedere, se le leggi ne riconoscono loro la capacità, l'articolo 434 riprende in particolare considerazione i beni degl'istituti ecclesiastici, per dichiarare che questi sono sottoposti alle *leggi civili*, ma inalienabili senza il consenso del Governo. Evidentemente i beni degl'istituti ecclesiastici, di cui parla l'art. 434, sono gli stessi beni di cui parla l'art. 433; ma egli è altrettanto evidente che nell'art. 433, parlandosi promiscuamente dei beni degli istituti ecclesiastici e degli istituti civili, devonsi intendere beni che ad entrambe le specie di istituti appartengono *nel medesimo modo*, cioè beni che appartengono agli istituti ecclesiastici in quel modo in cui appartengono agl'istituti civili i beni proprî di questi, cioè, finalmente, beni che appartengono agl'istituti ecclesiastici come vero e proprio *patrimonio* di questi istituti, come s'intendono certamente *beni patrimoniali* degl' istituti civili quelli che a questi istituti si dicono appartenere. E conseguentemente l'art. 434 non può manifestamente intendere altri beni degl' istituti ecclesiastici, che quelli costituenti un vero e proprio patrimonio di questi istituti. Ma le *cose sacre* non sono certamente *beni patrimoniali* di nessun istituto ecclesiastico, come, ad esempio, parrocchia, episcopio; non possono essere nè furono mai considerate come tali; dunque, l'art. 434, pietra angolare della tesi della commerciabilità delle *cose sacre*, non ha che vedere con queste cose, nè colla presente quistione.

Le chiese, gli arredi sacri, i paramenti sacri, dopo la consacrazione, e finchè questa non sia stata tolta, non sono mai stati considerati beni patrimoniali della Chiesa, non sono mai stati assimilati ai beneficî, alle prebende, alle mense, ai censi e livelli ecclesiastici, nè ad altri consimili beni, costituenti i mezzi temporali di esistenza delle chiese e degli ecclesiastici; a chi è d'uopo dimostrare codesto in nome della ragione o della storia? Insegna l'Einecio (citato da Palladini, *L'Alienabilità*, Torino, 1896, p. 361): *a rebus sacris hodie discernuntur res ecclesiasticae, quae non immediate, sed mediate tantum, cultui divino inserviunt, veluti aerarium ecclesiasticum, agri, praediaque ad ecclesias pertinentia*. E di queste seconde cose aggiunge: *facilius alienantur, si id expediat ecclesiae*; delle *cose sacre*, invece: *nec alienari, nec obligari possunt (ad* l. 9, § 5, *D. de rer. divis)*. Ora, le seconde cose appunto, e soltanto, si possono dire beni patrimoniali, beni, in senso proprio, della Chiesa

o degl'istituti ecclesiastici; come è egli possibile che il legislatore italiano abbia ignorato una così ovvia e antica distinzione, e voluto confondere insieme cose affatto distinte e diverse, e da nessuno mai confuse, attribuendo agli *istituti ecclesiastici* come patrimonio ciò che fino ad oggi non è mai stato considerato patrimonio della Chiesa, nè indicato col nome di *beni* o di *patrimonio ecclesiastico*? Il legislatore italiano ha voluto, coll'art. 434, e soltanto voluto precisare il subbietto dei beni ecclesiastici e la condizione giuridica di questi; ma in pari tempo egli non poteva alludere, nè riferirsi ad altri beni, che a quelli già sino allora reputati patrimonio ecclesiastico. Se egli avesse voluto aggiungere a questi beni anche cose che non lo furono mai, cioè le cose sacre, avrebbe dovuto dirlo espressamente; ma nol disse. E allora come è egli possibile intendere il disposto di quell'articolo in modo così diverso dal suo più naturale, e, dirò anche, storico significato?

Alla stessa conclusione si viene ponendo mente sia al linguaggio della nostra legislazione in altre parti sue, attinenti ai beni ecclesiastici, sia alla istessa locuzione dell'art. 434.

L'art. 11 della legge 7 luglio 1866 sulla soppressione degli ordini e delle corporazioni religiose comprende bensì fra i beni delle corporazioni religiose anche le chiese e gli arredi sacri e simili, tantochè dice in pari tempo: “ salve le eccezioni contenute nei seguenti articoli „; e poi l'art. 18 eccettua dalla devoluzione al demanio e dalla conversione appunto le chiese, gli arredi sacri e simili, che da R. Decreto verranno designati; ma in qual modo l'art. 11 dà a dividere di estendere cosiffattamente il concetto di beni ecclesiastici? Esso non adopera già la semplice espressione *beni ecclesiastici*, ma piuttosto quest'altra: “ i beni *di qualunque specie appartenenti* alle *corporazioni*, ecc. „. Certamente questo addiettivo *di qualunque specie* si riferisce non meno alle cose sacre, che ai beni patrimoniali. Quando adunque il legislatore di questo addiettivo non fa uso, e soltanto si vale della generica espressione *beni ecclesiastici*, come appunto accade nell'art. 434 cod. civ., non è possibile attribuirgli l'intendimento di riferirsi anche alle *cose sacre*; ciò non è possibile, perchè il legislatore medesimo ce ne avverte pel modo in cui egli ha formulato l'art. 11 della legge 7 luglio 1866. — Mi dispenso dal citare le leggi italiane intorno alla conversione dei beni di istituti ecclesiastici soppressi, nelle quali leggi pure non si hanno di mira se non veri e proprî beni

patrimoniali, producenti rendita, o suscettivi di essere venduti affinchè una rendita se ne ricavi. Or non è ammissibile, io dico, che anche nell'art. 434 cod. civ. il concetto di beni degli istituti ecclesiastici non abbia ad essere quello vero e proprio, e quel medesimo che si riscontra nelle altre parti della legislazione italiana.

È poi, come già dissi, questo stesso articolo, in tal modo concepito, che soltanto a veri e proprî beni patrimoniali ecclesiastici lo si possa riferire. Dice l'articolo che questi beni sono sottoposti alle *leggi civili*; ora io osservo che, se questa disposizione si ritenesse relativa anche alle *cose sacre*, verrebbesi con ciò ad ammettere che il legislatore avesse statuito in *modo affatto implicito* e *soltanto implicito* la grande novità della commerciabilità delle chiese e degli arredi sacri, delle cose sacre in generale; ma chi mai può attribuire al legislatore una tanta leggerezza? E non è egli quindi molto più ragionevole, ed anzi il solo ragionevole partito, quello di ritenere che a tali cose non pensava affatto il legislatore, quando in quel modo disponeva? Ciò è anzi indispensabile per rendersi ragione del vero scopo della disposizione medesima. Come la Chiesa ha per tanto tempo in tanti modi adoperato ad esimere la proprietà ecclesiastica dalle leggi civili, il legislatore italiano volle nell'art. 434 cod. civ. riconfermare quella totale abolizione di tali esenzioni, che da molto tempo è uno dei fondamentali principî giuridici de' popoli liberi. Questo e non altro è il senso e lo scopo dell'accennata disposizione dell'art. 434, e con esso nulla ha che fare la non mai per lo addietro discussa non commerciabilità delle cose sacre.

Ma l'art. 434 deroga poi al generale principio che i beni ecclesiastici sono sottoposti alle leggi civili, soggiungendo che però questi beni non si possono alienare senza l'autorizzazione del Governo. Ora, chi ben rifletta, anche questa clausola dimostra luminosamente che il legislatore non avea di mira nell'art. 434 altri beni ecclesiastici, fuorchè quelli patrimoniali. Come poteva pensare il legislatore ad autorizzazione governativa di alienazione di *cose sacre*, se queste, finchè tali sono, nè la Chiesa, nè nessuno ha mai pensato di alienare, nè reputato alienabili, mentre che i beni patrimoniali suoi la Chiesa ha sempre ammesso che si potessero alienare, bensì con cautele e restrizioni sue proprie, che la legge civile non intende oggi appunto di più oltre riconoscere? Sostituire

l'autorizzazione del Governo alle speciali guarentigie e restrizioni canoniche in materia di alienazione di *beni patrimoniali* ecclesiastici, e di questi beni soltanto, è questo il vero ed unico scopo e significato della clausola suddetta.

Per me adunque non è dubbio che l'art. 434 Cod. civ. non contiene per nulla il principio della commerciabilità delle cose sacre, perchè queste cose non sono certissimamente nel novero dei beni che questo articolo contempla siccome appartenenti ai singoli istituti ecclesiastici, e come tali sottopone alle leggi civili.

Per me non è dubbio neppure che, rispetto alle cose sacre, il detto art. 434 non può, come pensano MORTARA e CHIRONI, interpretarsi diversamente dall'art. 436 Cod. albertino, e che questo, al pari di quello, contempla soltanto i beni patrimoniali della Chiesa, e non affatto le cose sacre.

Non parla infatti di beni della Chiesa in generale l'art. 436 Cod. albertino, come di beni degli istituti ecclesiastici in generale l'art. 434 Cod. civ. italiano? E conseguentemente non vale egli tanto pel Codice albertino, come pel Codice civile italiano, il gravissimo riflesso che le *cose sacre* non si possono comprendere nel proprio significato di beni, cioè di patrimonio, della Chiesa, perchè come tali non furono mai considerate dalla Chiesa medesima e dal diritto canonico dapprima, e poi dalla costante e universale tradizione giuridica di tutti i secoli andati?

Adducesi come argomento in contrario il dirsi nell'art. 436 Cod. albertino, che i beni della Chiesa non si possono alienare " se non nelle forme e colle regole che loro sono proprie ". Le quali forme e regole si vogliono intendere regole e forme canoniche, e, quanto alle cose sacre in particolare, i riti della sconsacrazione. Ma tutta questa interpretazione sembrami, *sit venia verbo*, un vero sogno. Come è egli possibile che il legislatore sardo intendesse per l'alienazione dei beni della Chiesa forme e regole canoniche, una volta che la locuzione finale dell'art. 436 Cod. albertino si applica non solo ai beni della Chiesa, ma anche ai beni dei Comuni, delle Opere pie, e di altri pubblici stabilimenti? E come è egli possibile supporre che il legislatore sardo pensasse nel detto articolo alle *cose sacre,* che non nomina, solo perchè gli si attribuisce, del tutto arbitrariamente, un richiamo a *forme e regole canoniche*, le quali del resto, se tale interpretazione stesse, troverebbero già sufficiente applicazione ai veri e propri beni patrimo-

niali della Chiesa? E poi, o che si deve potere considerare come *forma* e *regola* di alienazione di cose sacre la sconsacrazione che di queste si faccia, anche al solo scopo di una susseguente alienazione?

Vi ha bensì, ne convengo, una notevole differenza di principii, circa la condizione giuridica dei beni ecclesiastici, fra l'art. 434 del Cod. civ. italiano, e l'art. 436 del Cod. albertino; e questa è non tanto l'addizione di quei beni ai singoli istituti ecclesiastici, anzichè alla Chiesa in generale, quanto la sottomissione dei beni medesimi alle leggi civili, e l'inalienabilità loro senza il permesso del Governo. Non tanto, dico, rispetto al primo punto; imperocchè in realtà nello stesso diritto canonico la espressione *beni della Chiesa* è un modo di dire, più che altro; una persona giuridica, Chiesa universale, non è mai stata ammessa nella passata giurisprudenza, nè canonica, nè civile, e molti sono nelle fonti canoniche i passi, nei quali i beni della Chiesa diconsi appartenere allo stesso redentore Gesù Cristo (1), mentre invece i subietti giuridici, parrocchia, diocesi, benefizio e simili, furono sempre riconosciuti dal gius canonico e dai civilisti (2). Ma che i beni ecclesiastici, spettanti ai singoli istituti ecclesiastici, siano sottoposti alle leggi civili, e inalienabili senza il consenso del Governo, questa, come è la sola, così è anche importantissima innovazione dell'odierno diritto civile.

Piuttosto io trovo che l'argomento voluto desumere dal confronto fra l'art. 486 del Cod. albert. e l'art. 434 del Cod. civ. ital., si può nel più chiaro e sicuro modo ritorcere contro chi lo adopera, a tutto vantaggio della tesi da me propugnata.

Imperocchè, io dico, se certamente l'art. 436 del Cod. albertino non contemplava le *cose sacre* (e non poteva contemplarle, poichè

(1) Il che ebbe a notare anche la Corte d'Appello di Roma in una sentenza 2 giugno 1888.

(2) Il mio ottimo amico Mortara ha detto per incidente che le fabbricerie sono i subbietti della proprietà delle Chiese. Ciò è affatto inammissibile. I fabbriceri o *aceditui*, o *rectores fabricarum*, non sono stati mai considerati in gius canonico se non come semplici amministratori dei *bona fabbricae seu Ecclesiae*, i quali *bona* non sono nè di loro nè di nessun privato, e costituiscono piuttosto, nel linguaggio giuridico odierno, una fondazione speciale allo scopo di tener la Chiesa in buona condizione materiale e idonea alla ufficiatura.

lo stesso discorso di alienazione di cose sacre doveva implicare contraddizione nei termini pel legislatore sardo), neppure può contemplarle l'art. 434 del Cod. civ. ital., il quale non fa che mutare la condizione giuridica di quegli stessi *beni* che l'art. 436 del Codice albertino aveva di mira.

Per l'un codice e per l'altro, ora come allora, la questione della commerciabilità delle cose sacre, è quistione non contemplata affatto dalle leggi positive del Regno, è quistione intatta, e sempre aperta nella scienza non tanto del codice, quanto del diritto civile positivo.

Ed ora si domanda: quale sarà in diritto italiano la condizione giuridica delle cose sacre, che l'art. 434 non ha certamente avuto nè potuto avere di mira?

Non è nuova davvero, nè difficile a risolversi la quistione: qual diritto si debba applicare a materie ed argomenti di giure civile bensì, ma affatto estranei alla nuova legislazione civile. L'art. 48 delle disposizioni transitorie civili statuisce che: " nelle materie che formano oggetto del nuovo codice, cessano di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali e speciali ecc. ".

Ciò è quanto dire che nelle materie che non formano oggetto della nuova legislazione civile continuano ad aver vigore le leggi generali e speciali antecedentemente emanate, in quanto, s'intende, ai principî di quella legislazione non contraddicano. In virtù di questo canone molte leggi anteriori in materia civile furono dalla nostra giurisprudenza ritenute ancora oggi vigenti in Italia, come p. es., in materia di caccia, di foreste, di miniere, e, fino a pochi anni fa, anche in materia di protezione delle opere d'arte. Ed ora, perchè non si dovrà dire lo stesso rispetto alle leggi anteriori in materia di cose sacre, le quali non sono, nonchè regolate, neppure mentovate nel Codice civile? In virtù adunque dell'art. 48 delle disposizioni transitorie civili, la cose sacre, in relazione al diritto civile, si devono oggi ancora reputare governate in Italia dai principii che le hanno sempre governate nei paesi cristiani, primissimo fra i quali principii è quello appunto della non commerciabilità delle medesime.

Ciò pure disse la Corte di Cassazione di Firenze nella surricordata sentenza 16 febbraio 1888, ed io trovo giustissimo anche questo responso. E di quella Corte, propriamente io non comprendo

come si possa differentemente pensare, dato e dimostrato, come sopra si è veduto, che il legislatore italiano non pensò affatto alle cose sacre in quella stessa prossima occasione che egli ne avrebbe avuto, emanando cioè gli art. 432 e 434 del Cod. civ. Più saggio e più appropriato mi sembra questo responso della Cassazione di Firenze, di quello della Corte di Venezia nella sua sentenza del 3 marzo 1887. Quest'ultima Corte pensa che la non commerciabilità delle cose sacre si possa da razionali premesse inferire, facendo uso della facoltà datane dall'art. 3 del titolo preliminare del Codice civile. Ciò potrebbesi ammettere soltanto se leggi anteriori non ci fossero in proposito, nè vigesse il citato art. 48 delle Dispos. trans. civ., interpretato nell'anzidetto modo.

Obietta qui l'egregio avv. Palladini (*op. cit.*, p. 399), che l'art. 48 suddetto mantiene in vigore le leggi anteriori, in quanto il codice qui e là vi si riferisca; ma ciò non è esatto; quell'articolo toglie vigore ad ogni altra anteriore legge rispetto alle materie dal Codice civile contemplate, fra le quali materie non è certo la condizione giuridica delle cose sacre, e la loro alienabilità od inalienabilità.

La condizione giuridica delle cose sacre vuol essere ancor oggi definita colla scorta del diritto canonico vigente su tal proposito in Italia prima della nuova legislazione civile, nè maggiormente su tal proposito esautorato da questa, di quello che nella materia dei beneficî, della gerarchia e giurisdizione ecclesiastica, e in generale di tutte di tutte le relazioni giuridiche d'indole ecclesiastica. Tutto questo vasto insieme di cose, di persone, di relazioni, non ha certamente potuto intendere il legislatore di disconoscere, o di lasciare *ex lege*, soltanto perchè non si accinse a regolarlo con norme sue. Poichè la vita giuridico-ecclesiastica è altrettanto reale e di supremo interesse per il popolo, quanto la vita giuridico-civile, così ella è pure una realtà e una importante realtà per il legislatore, e, come quella non esiste nè sussiste se non coi proprî suoi caratteri, per sua propria virtù, e, per conseguenza, con sue proprie norme, così queste norme voglionsi appunto reputare riconosciute in vigore dal nostro legislatore civile, mentre questi non ne ha fatto menzione, e propriamente riconosciute come leggi speciali, esistenti a fianco del diritto civile comune, distinte da questo, ma colla medesima autorità di questo. Nello stesso modo, io dico, in cui è fuor di dubbio che, p. es., la materia beneficiaria è an-

cora adesso regolata sostanzialmente in Italia dal diritto canonico, così può e deve ritenersi che lo sono anche le cose sacre, e anzitutto la condizione giuridica di queste cose. E propriamente valgono per quest'ultimo argomento, come nel precedente, e per tutti gli altri consimili, le regole del diritto canonico non meno davanti ai tribunali dello Stato, che nel foro della Chiesa. Come, io dico, non è, agli effetti civili e per lo Stato, vero beneficio, nè vero patrono, nè vero prete, nè parroco, nè vescovo, nè giusta remozione di beneficiato, nè, in generale, valido fatto od atto giuridico ecclesiastico, se non quello che alle leggi della Chiesa risponde, così non può non essere cosa sacra, e quindi non commerciabile, di fronte al gius civile e allo Stato, quella che è come tale riconosciuta dal diritto canonico, la cui autorità non è meno rispettabile per parte dello Stato in questo campo, di quello che in tutti gli altri accennati sopra, o consimili a questi. Ciò s'intende, a meno che la legge dello Stato espressamente non vi faccia eccezione. Egli è chiaro, infatti, che sia per virtù di singole espropriazioni per causa di pubblica utilità, sia per virtù di una generale espropriazione, quale fu quella della legge 7 luglio 1866 rispetto alle chiese non volute espressamente conservare al culto, le chiese, e le cose sacre loro addette, possono diventare alienabili per sola volontà dello Stato. Tranne casi di codesto genere però, non è maggiormente possibile acquistare diritti privati su cose sacre, alla condizione che vengano dissacrate, che acquistarli su beni del demanio pubblico, alla condizione che di questi venga con apposita legge siffatto carattere cancellato.

Che se si voglia ad ogni costo raccomandare la tesi che io propugno anche all'analogia del diritto civile italiano, o, a dir meglio, formularla in modi e termini analoghi a quelli dal gius civile adoperati in consimile materia, corre anche il mio pensiero, come quello della Corte di Venezia, al disposto del Codice civile italiano circa il *demanio pubblico*. Se non che, mentre la Corte di Venezia vorrebbe desumere da queste disposizioni la non commerciabilità delle cose sacre, io mi limiterei ad avvertire un semplice *riscontro* fra la condizione giuridica di queste cose e quella delle cose demaniali pubbliche, senza far nessuna confusione fra le prime e le seconde, quand' anche io non sia dell' avviso dei professori Mortara e Chironi, che la enumerazione contenuta nell'art. 427 Codice civ. sia *tassativa*

Si possono cioè, a mio avviso, le cose sacre, in quanto siano addette ad enti ecclesiastici, come, p. es., parrocchie, diocesi, considerare come una specie di *demanio ecclesiastico*, il quale stia a fianco del *demanio civile*, distinto da questo, ma avente in ultima analisi le stesse ragioni, e lo stesso significato giuridico di questo. Imperocchè, non potendo oggi nessuna cosa essere affatto senza padrone, chiaro apparisce che ogni cosa, sia sacra o profana, la quale non è in commercio, e in pari tempo non è oggetto di proprietà di persone fisiche, appartiene certamente o alla universalità o a minori aggregazioni o comunioni di cittadini, quali sono appunto le parrocchie e le diocesi. La comunione dei fedeli, parrocchiale o diocesana, può considerarsi persona, come tale si considera la universalità dei cittadini, o lo Stato; ed è appunto plausibilissimo riscontro quello che il *demanio ecclesiastico*, spettante alla comunione dei credenti, fa al *demanio civile*, spettante alla universalità dei cittadini. Sono due demanî codesti, con vera parità di senso e di ragione, quantunque il secondo soltanto possa dirsi pubblico nel senso che lo Stato, come rappresentante della intiera nazione, giusta la bella osservazione del CHIRONI, lo cura e lo amministra, senza esserne il vero proprietario.

E così rendesi ancor più chiaro ed efficace l'argomento, che a favore della tesi della non commerciabilità delle cose sacre io ho attinto al sistema del diritto, a rincalzo di quelli desunti prima della interpretazione del diritto civile positivo italiano.

Conchiudo: le cose sacre sono a reputarsi anche di fronte al diritto civile italiano *fuori di commercio*: 1° perchè non vi ha testo positivo, che implicitamente od esplicitamente faccia ritenere il contrario, che le confonda cioè coi beni ecclesiastici, e l'art. 434 Codice civile, in particolare, non può assolutamente riferirsi a tali cose; 2° perchè quella tesi mette in bella armonia il riconoscimento del gius canonico in materia di cose sacre, con quello universalmente fattone in tante altre materie giuridico-ecclesiastiche, e completa così la distinzione e la indipendenza di questi due ordini di principii, il cui insieme costituisce il sistema del diritto vigente; mentre la contraria tesi fa violenza alla lettera delle leggi civili, mutila e sconvolge il sistema del diritto, offendendo in pari tempo la coscienza religiosa della nazione.

E altamente mi compiaccio di vedere seguìta questa mia opinione, e in sostanza colle stesse ragioni addotte sopra, e già da

me esposte nel *Foro italiano* (1890, I, 748, 898), dall'esimio giureconsulto PALLADINI in un capitolo dell' opera sua citata più sopra (1), (2).

---

(1) Nel *Monitore dei Tribunali* del 29 agosto 1896, il signor Arturo Lion è pure d'avviso che le cose sacre sono fuori di commercio; ma cita in appoggio gli art. 1116, 2113, 690 Cod. civ., il quale argomento si riduce ad una petizione di principio.

(2) Sulla commerciabilità delle cose sacre l'illustre cons. Giorgi scrisse una dottissima nota nel *Foro Italiano* del 31 agosto 1896 (col. 912 segg.). Il Giorgi è anch'egli dell'avviso che le chiese siano fuori di commercio, ma quelle destinate a uso pubblico soltanto, sicchè per lui non è ostacolo all'alienabilità delle chiese il solo carattere di *cose sacre,* Ma come la sola pubblica destinazione possa avere quell'effetto non si comprende, mentre il Giorgi non ascrive al pubblico demanio le chiese aperte al pubblico. Le ragioni che il Giorgi adduce a sostenere in quei termini la sua tesi non hanno maggior fondamento nel diritto civile positivo italiano, di quelle con cui io sostengo la mia, ma questa ha sopra di quella il duplice vantaggio, anzi triplice: di collegarsi con una dottrina più generale circa le relazioni del diritto positivo italiano col diritto canonico, di rispondere appieno alla coscienza giuridica nazionale, e di avere per sè una secolare tradizione. Nè valgono menomamente le numerose autorità addotte dal cons. Giorgi contro la tradizione giurisprudenziale da me allegata, perchè sono tutte autorità che provano soltanto, ciò che nessuno ha mai negato, essere sempre stata ammessa la proprietà privata delle chiese. Con ciò egli pure, come tanti altri, confonde la questione della proprietà delle chiese con quella della loro commerciabilità, confusione che io ho notato, per prima cosa, doversi scansare.

Della proprietà *usque ad sidera et inferos*. Considerazioni intorno all'art. 440 del Cod. civ. ital.

La questione d'interpretazione dell'art. 440, sollevata più volte nella nostra giurisprudenza, prima ancora che difficile, è a dirsi singolare, ed è appunto difficile in ragione della sua singolarità. Il testo del detto articolo è chiaro e categorico, eppur si tratta di vedere se sia lecito sottintendervi qualcosa, per cui il significato letterale suo venga ad essere corretto e ristretto. E il motivo, l'impulso di cosiffatta interpretazione è la ripugnanza della ragione ad ammettere una sconfinata podestà del padrone del suolo *usque ad sidera et inferos*. Ripugnanza davvero ben fondata, essendo manifesto, per es., l'assurdo che il proprietario del suolo pretenda scorgere una violazione di questa sua proprietà, e del relativo possesso, nello arrestarsi di un pallone frenato a centinaia di metri, nonchè a migliaia, al disopra della sua casa o del suo campo, o nell'apertura di una galleria sotterranea attraverso ad una roccia, a centinaia, nonchè migliaia, di metri al disotto di quella casa o di quel campo! E non è per nulla singolare che si faccia oggi una questione che non si è mai fatta nei secoli scorsi. Nei tempi andati, e più ancora nei tempi antichi, le cognizioni e le applicazioni tecniche non davano occasione di avvertire i pratici inconvenienti di un principio giuridico così indeterminato, quale è quello formulato nell'art. 440 del Codice civile; conflitti fra proprietari del suolo e occupatori dello spazio aereo o del sottosuolo, a grandi distanze dalla superficie, non erano reputati possibili allora, come lo sono e si vedono oggidì, se si fa eccezione

soltanto per la proprietà mineraria, rispetto alla quale furono sempre in vigore principii di vero *jus singulare*, che è maraviglia non siasi mai avvertito bastar soli a scrollare l'autorità del canone: *usque ad sidera et inferos*.

Nella giurisprudenza italiana la quistione è stata più volte sollevata, e decisa in vario senso. Nella giurisprudenza francese non trovarono, i parecchi scrittori nostrali che la trattarono, altro giudicato che vi si riferisca, fuorchè uno della Corte di Agen 22 novembre 1861 (Dalloz, *Rép.*, 1862, II, 16), il quale dichiarò non avere il proprietario del suolo diritto di risarcimento in confronto di un costruttore di ferrovia, il quale abbia attraversato con un tunnel il sottosuolo, senza recare nessun danno alla superficie di questo.

Propriamente la giurisprudenza nostra ebbe a trattare la quistione in due occasioni e sotto due aspetti differenti; implicitamente cioè, ed esplicitamente.

Implicitamente, dichiarando o negando l'obbligo di indennità dell'espropriante per causa di pubblica utilità, rispetto al sottosuolo non connesso col soprasuolo, nè mai avuto in animo dal proprietario di questo di sfruttare. Esplicitamente, pronunziandosi intorno a pretese dirette a impedire ad altrui sia l'uso dello spazio aereo, sia l'uso del sottosuolo, senza danno alcuno del proprietario del soprasuolo.

Che nella espropriazione per causa di pubblica utilità non sia dovuto indennizzo per il sottosuolo ad una profondità che assicura da ogni danno il soprasuolo, o in cui non trovansi cave o miniere esercitate già, o almanco conosciute già dal proprietario del suolo, è oramai pacifico nella nostra giurisprudenza. Vedansi, fra gli altri giudicati: Corte d'appello di Roma, 25 febbraio 1886 (*Giur. italiana*, 1886, II, 292); Cassazione di Roma, 13 gennaio 1886 (*Ivi*, 1886, I, 210); Corte d'appello di Genova, 8 gennaio 1867; Cassazione di Torino, 19 maggio 1886 (*Ivi*, 1886, I, 577). E veramente non è possibile decidere diversamente, stando ai termini della legge 20 giugno 1865 sulla espropriazione per causa di pubblica utilità. Se infatti il sottosuolo si considera come accessorio del soprasuolo espropriato, egli è impossibile statuire il *giusto prezzo* di quello, al di là del limite fino a cui esso è veramente inseparabile dal soprasuolo, poichè l'art. 29 di detta legge intende il giusto prezzo che " a giudizio dei periti avrebbe avuto

l'immobile in una libera contrattazione di compra-vendita „, e il sottosuolo a quella profondità non viene mai calcolato in tali contrattazioni. Che se trattisi di espropriazione del sottosuolo a parte dal soprasuolo, e trattisi di sottosuolo da cui il proprietario del soprasuolo non ricava, nè poteva avere in animo di ricavare nessuna utilità, esso è perciò oggetto cui non può applicarsi nè il detto art. 29, che contempla la espropriazione totale, nè l'articolo 40, che contempla la espropriazione parziale, poichè quest'ultimo articolo vuole che l'espropriante paghi " la differenza fra il giusto prezzo dell'immobile avanti la occupazione e il giusto prezzo della parte residua „.

Esplicitamente la questione è stata più di una volta trattata e risoluta dai giuridici italiani in casi nei quali propriamente si trattava di manomissioni del sottosuolo, o dello spazio aereo, separatamente dal soprasuolo. E propriamente i casi di tal genere decisi furono di preferenza manomissioni del sottosuolo.

Celebre è la controversia tra Fazzari e il R. Demanio in sèguito alla perforazione di una roccia sottostante cinquanta metri ad un possesso del primo, onde scavarvi un tunnel ferroviario. Il Fazzari pretendeva risarcimento per questa occupazione di sottosuolo, e il Tribunale di Catanzaro glielo accordò con decisione 28 luglio 1883 (*Mon. dei trib.*, 1883, 1010). Ma la Corte d'appello di Catanzaro, in sua decisione 4 agosto 1884 (*Giur. it.*, 1884, II, 520), lo negò, reputando che, nonostante il disposto dell'art. 440 cod. civ., il Fazzari non potesse estendere la sua proprietà fin dove egli non poteva spingere il suo interesse, cioè l'interesse della coltura del suo possesso. Portata la causa davanti alla Cassazione di Napoli, questa, con decisione 7 luglio 1885 (*Ivi*, 1885, 594), cassò la sentenza di Catanzaro, e rinviata la causa davanti alla Corte di appello di Napoli, questa si attenne al reponso della Cassazione, nella decisione sua 4 giugno 1886 (*Mon. dei trib.*, 1886, 836), ma dichiarò in pari tempo che *de iure condendo* forse sarebbe bene correggere e limitare la troppo ampia dizione dell'art. 440. Posteriormente alla Cassazione di Napoli ebbe a pronunziarsi nello stesso senso di questa, e in vista di una identica fattispecie, la Cassazione di Roma a Sezioni unite il 31 agosto 1893 (*Giur. it.*, 1893, I, 994).

Tennero invece lo stesso avviso della Corte di Catanzaro il Tribunale di Roma in una decisione 16 ottobre 1885 (*Mon. dei trib.*,

1885, 1148) e il Tribunale di Parma in una decisione 11 giugno 1883 (*Ivi*, 1883, 828); ambedue le sentenze dovute al medesimo estensore (Borré), la prima però in caso di espropriazione del soprasuolo, la seconda in caso di separata occupazione del sottosuolo. Nell'una come nell'altra venne propugnata la tesi che indennità non è dovuta per titolo di occupazione dell'altrui sottosuolo, se non in quanto questa occupazione nuoccia in qualche modo al possesso o allo sfruttamento del soprasuolo.

E ancora la stessa tesi, che l'art. 440 debbasi limitatamente applicare nella misura dell'*interesse reale o pratico* del proprietario del soprasuolo, è stata seguìta e applicata dal Tribunale di Vallo della Lucania 11 luglio 1893 (*Giur. it.*, 1893, 4, 145, sez. 1) e dal pretore di Lecco in una decisione 12 maggio 1891 (*Ib.*, pag. 150). Ed è quest'ultimo il solo giudicato italiano finora, in cui la detta tesi trovisi applicata all'occupazione dello spazio aereo sovrastante al soprasuolo, occupazione che consisteva in una corda metallica gettata dalla vetta di un colle fino al piano, passando sopra ai terreni intermedî più bassi, onde calare legname reciso in alto.

Questi giudicati, e specialmente quelli intervenuti nella causa Fazzari, diedero occasione a non pochi lavori scientifici italiani pro e contro la interpretazione restrittiva dell'art. 440 del codice civile. Ne scrissero, in occasione della causa Fazzari, il Loasses, favorevole alla tesi della Corte di Catanzaro (*Giur. it.*, 1885, I, 594, *in nota*) e il Pallotta in senso opposto (*Dir. e Giur.*, 1885-86, pag. 197 e segg.). E scrissero pure contro il canone *usque ad sidera et inferos* l'Abignente (*Proprietà del sottosuolo*, Roma, 1888), il Mantellini (*Lo Stato ed il cod. civ.*, vol. II, p. 209), il quale ebbe a chiamare *iperbolica* la dizione dell'art. 440, il Porro (*Mon. dei trib.*, 1885, p. 900), il Sabbatini (*Comm. alle leggi sull'espropriazione per causa di pubblica utilità*, 2ª ediz., vol I, p. 77 e seg.), il De Crescenzio (*Lez. di dir. romano*, 1882-83, p. 17), il Miraglia (*Filos. del dir.*, Napoli, 1885, vol. I, p. 207 e seg.), il Tiepolo (*Dott. compend. sul codice civile*, Roma, 1882, p. 254, 260-267), il Gianturco (*Ist. di dir. civile*, 846), il Varcasia (*Mon. dei trib.*, 1888, p. 545 e seg.), il Pampaloni (*Sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo in diritto romano e odierno*, Bologna, 1892).

Già prima però dei surricordati scrittori italiani la quistione circa il vero valore giuridico dell'aforismo *usque ad sidera et in-*

feros era stata sollevata, e questo aforismo era stato sottoposto a critica e limitazioni da romanisti tedeschi, cioè dal GESTERDING per il primo (*Das Märchen von der Luftsäule*, Ausbeute von Nachforschungen, 1826-40, III, p. 447 e segg.), e poi dal WEHREMBERG (*Ueber die Collision d. Rechte verschiedener Grundeigenthümer*, Jahrb. f. Dogm., VI, p. 20, n. 31) e dal JHERING (*Zur Lehre v. d. Beschränkungen. d. Eigenth.* JHERINGS *Jahrb.*, VI, p. 18 e seg.), e da altri. E parmi opportuno premettere le dottrine di questi scrittori intorno alla quistione in discorso considerata in diritto romano, prima di venire a studiarla in diritto civile italiano.

Veramente il GESTERDING, come nota il PAMPALONI (*l. c.*), non trattò che della condizione giuridica dello spazio aereo, e rispetto a questo neppure modificò, quanto al pratico effetto, la dottrina tradizionale *usque ad sidera*, ma si limitò a negare che lo spazio aereo sia oggetto di vera proprietà, e vi sostituì il concetto di signoria o facoltà di disporre. Nondimeno cotesta novità del GESTERDING fu veramente germe e fermento di tutta la posteriore critica della dottrina *usque ad sidera et inferos*. Il VOIGT, infatti (v. PAMPALONI, *l. c.*), tenuta ferma la dottrina di GESTEREING quanto allo spazio aereo, venne di suo a dire che anche il sottosuolo non è proprietà, ma soltanto cosa riservata al godimento esclusivo del proprietario del soprasuolo, E il BÖCKING (*ivi*) tenne fermo lo stesso concetto, e lo estese anche allo spazio aereo. Successivamente WEHREMBERG (*l. c.* e *ap.* PAMPALONI, *l. c.*), partendo in sostanza dallo stesso punto di vista degli scrittori suddetti, fu primo a dire che lo spazio aereo e il sottosuolo, occupati per occasione e conseguenza della proprietà del soprasuolo, non lo possono però " se non per quel tanto di cui il fondo ha bisogno per una regolare, normale maniera di godimento ". Ma il WEHREMBERG non intese neppur egli di rinnegare, quanto al pratico effetto, la tradizionale dottrina; imperocchè, attesa la possibilità di mutamento nel modo di godimento dei fondi, egli ammise che alla detta occupazione dello spazio aereo e del sottosuolo per parte del proprietario del soprasuolo non si imponessero confini.

Come si vede, gli scrittori suddetti non innovarono propriamente nella tradizionale dottrina della estensione della proprietà in senso verticale se non i motivi e la costruzione, ma non già le conseguenze. L'illimitazione *usque ad sidera et inferos* rimase anche per loro canone sicuro del romano diritto. Ma un passo più oltre do-

veva essere fatto e fu fatto dopo, da chi, dipartendosi da quelle nuove premesse, adoperò a dimostrare che alle logiche conseguenze loro non ripugnava affatto il giure romano, e insorse arditamente contro la dottrina tradizionale. Ciò fece il Jhering, il quale, appoggiandosi specialmente alla l. 6, § 2, D. *de arb. furt. caes.*, e al diritto bizantino circa le miniere, sostenne che in diritto romano la proprietà dello spazio aereo e del sottosuolo si estende soltanto fin dove arriva l'*interesse pratico* del proprietario. Formula questa, che ha avuto fortuna, non tanto tra i romanisti odierni, quanto fra gli interpreti del Codice civile italiano. La dottrina di Jhering è stata seguìta da parecchi giuristi tedeschi, come Arndts (*Pand.*, § 130), Hesse (*ap.* Pampaloni, *l. c.*, p. 14, n. 13) e Freud (*ivi*). Posteriormente al Jhering il nostro Pampaloni, l'ultimo valente romanista che abbia trattato la quistione, le ha dato un nuovo aspetto, e con ciò ha dato anche più salda base alla dottrina di Jhering. Egli sostiene con buone ragioni che in diritto romano lo spazio aereo è *res communis omnium*, e il sottosuolo *res nullius*, delle quali cose però la disponibilità per parte dei terzi è limitata a vantaggio del proprietario del soprasuolo. Quanto precisamente si estenda codesta limitazione, non è dato, egli dice, desumere dalle fonti; il diritto però che al proprietario del soprasuolo appartiene sullo spazio aereo e sul sottosuolo dentro quella estensione, egli non ha difficoltà che si reputi proprietà; ma i limiti di quella estensione e di questo diritto, che i testi non dànno, opina il Pampaloni che possano essere stabititi dalla scienza, e a quest'uopo egli propone una formula alquanto variata da quella di Jhering, cioè: “ la proprietà dello spazio aereo e del sottosuolo si estende fin dove è richiesto dall'interesse del proprietario, in rapporto all'uso che è possibile fare del fondo di cui si tratta nelle condizioni attuali dell'arte e dell'industria umana „.

In conclusione, può dirsi che nella scienza romanistica attuale la dottrina tradizionale *usque ad sidera et inferos* ha subìto una forte scossa, e che, se non è generalmente abbandonata, principia ad esserlo, con probabilità che questa tendenza abbia a dominare e prevalere in avvenire. E per debito di giustizia storica è qui a rammentare che il coraggio di combattere quella dottrina, risvegliatosi a lenti gradi nel secolo nostro, e oggi ancora non generale, lo aveva avuto fin dal secolo XVI Paolo De Castro, ricordato dal benemerito Abignente nel suo dottissimo libro. Quel

giureconsulto, interpellato circa l'obbligo degli scavatori di *cote* nel Bergamasco di risarcire i proprietari del soprasuolo, rispose che l'escavazione *non potest a dominis superioribus prohiberi, si non recipiant laesionem.*

Non può essere qui certamente mio assunto discutere la questione in diritto romano di fronte ai noti testi: l, 1. *pr.* D. *de serv. praed. urb.*, l. 22, § 1, C. *de serv. et aq.* (quanto allo spazio aereo), l. 13, § 1, D. *comm. praed.*, l. 77, D. *de contr. emt.* Io faccio mio pro soltanto dell'ultima conclusione a cui i romanisti arrivarono: quella dottrina non è testualmente formulata in nessun luogo del testo romano; essa non è autorizzata da questo, se non nel senso che esso lascia indeterminati i confini, sino ai quali si può spingere il diritto del proprietario del soprasuolo di disporre dello spazio aereo e del sottosuolo. E dico: a buon diritto tanti giureconsulti italiani hanno sollevato la quistione, se l'art. 440 del Codice civile debba essere alla lettera applicato, o non piuttosto interpretato secondo certe razionali condizioni sottintese. se cioè la proprietà, di cui si parla rispetto allo spazio aereo e al sottosuolo indefinitamente, debbasi come vera propria proprietà attuale considerare, o piuttosto come una proprietà possibile soltanto, in quanto venga realmente a continuarsi in essa la proprietà del soprasuolo.

Imperocchè la formula dell'art. 440 non è che la stessa tradizionale dottrina formatasi e mantenutasi fra i romanisti in virtù di un malinteso delle fonti; di un malinteso consistente nello scambiare la *indeterminatezza* del confine a cui può giungere verso le stelle e verso il centro della terra la proprietà del soprasuolo, colla *illimitazione* di questa proprietà nell'uno e nell'altro senso; — nel confondere il diritto *attuale* del proprietario del soprasuolo a quella parte dello spazio aereo e del sottosuolo che è inseparabile dal soprasuolo, come questo è attualmente posseduto e sfruttato, colla semplice *possibilità* che quel proprietario, prima di ogni altro, estenda l'occupazione sua nell'un senso e nell'altro. E se ciò è, la formula dell'articolo 440 non può maggiormente venire interpretata alla lettera di quello che la formula tradizionale, di cui essa non è che una traduzione, poichè l'una e l'altra non possono avere se non quel valore che le fonti romane consentono, da cui l'una e l'altra emanano, le quali fonti è oggi pacifico nella scienza che appunto non attribuiscono al proprietario del sopra-

suolo, se non un diritto *indeterminato* bensì, ma non *illimitato*, allo spazio aereo e al sottosuolo, nell'esercizio e nello sfruttamento della proprietà del soprasuolo.

Come ho detto da principio, è l'assurdità delle conseguenze a cui conduce la letterale interpretazione dell'art. 440, il motivo per cui questa interpretazione riesce inammissibile, ed è giocoforza ristringerla, fissando limiti al di là dei quali il diritto del proprietario del suolo non può spingersi, nè verso le stelle nè verso il centro della terra. Non pensavano certamente a conseguenze siffatte coloro che primi inventarono l'*usque ad sidera et inferos*, e il legislatore italiano neppure, il quale non ha fatto che ripetere per abitudine questo detto. L'art. 440 è una legge spensierata, e il prendere in parola il legislatore in un momento di manifesta spensieratezza, è pur manifesta indiscrezione. Finora non è stato dato che alla Corte di Messina, 18 marzo 1889 (*Giur. ital.*, 1889, II, 362), rassegnarsi all'assurdo col dire: " dal momento che il legislatore ha detto, ecc. ". Almanco la Cassazione di Napoli ha cercato di dare una giustificazione razionale al suo responso, argomentando " dall'indefinito progresso dell'attività umana, e dall'impossibilità di prestabilirle un grado *a priori* ".

La questione è propriamente di stabilire un criterio, o criteri per segnare il limite, al di là del quale non può estendersi la proprietà del suolo sia verso le stelle, sia verso il centro della terra, e questa sola è quistione. Ed è quistione, come ho dimostrato, autorizzata, possibile; se poi sia solvibile quistione, rimane a vedersi.

Per me io credo, contrariamente all'uso di quanti hanno scritto finora su questo tema, che convenga considerare a parte il limite estremo della proprietà del suolo verso le stelle, e quello verso il centro della terra. L'oggetto della questione, infatti, non mi pare esattamente lo stesso nell'un caso e nell'altro.

Verso le stelle il proprietario del suolo o di un edifizio ha bisogno di aria libera, al doppio scopo di godere dell'aria e di vedere. In ordine al primo scopo, della libera circolazione dell'aria, il proprietario del suolo o di un edificio ha certamente diritto a che nessuno gliela intercetti o impedisca in nessun modo a *qualunque altezza* verticale al disopra del suo possesso; imperocchè tutti gli strati atmosferici, dal più basso al più alto, sono insieme collegati nel senso che si muovono insieme. Ma nè si può dire

proprietà questo diritto all'aria sovrastante; nè mai è stato nè sarà mai quistione di occupazione *permanente* dell'aria sovrastante a un terreno o a un edificio, in modo che questi vengano ad essere come circondati da una gran tettoia, più o meno alta, appartenente del terreno o dell'edificio. Imperocchè l'aria è una *res omnium communis*, e occupazioni come le anzidette sono impossibili. Ma perchè l'aria circoli liberamente al disopra e intorno a un terreno e a un edificio non è necessario che nulla sovrasti in alto al disopra del terreno e dell'edificio, purchè la circolazione dell'aria rimanga assicurata, attesa la estensione di ciò che sovrasta, e l'altezza di questo sovrastare al disopra del terreno o dell'edificio. Onde, in ultima analisi, l'interesse del proprietario ad avere l'aria soprastante libera da sporgenze altrui, si confonde con quello di avere la veduta libera da sporgenze tali, che, data la quantità loro e l'altezza, possano dirsi impedirla dal basso in alto.

Ora prescindendo da una tale altezza, alla quale gli oggetti sospesi nell'aria non sono visibili ad occhio nudo, o sono poco più che punti nello spazio, ognuno converrà potersi dare benissimo sporgenze *tali*, ad altezze *tali*, su di un dato terreno od edificio, per cui sia infondata e ridicola asserzione quella del proprietario che se ne lagni come di interruzione molesta alla sua libera visuale di basso in alto. Il Jhering (*loc. cit.*) ha configurato il caso di una montagna tagliata a picco, e di due proprietari, l'uno al vertice della montagna e l'altro al lembo della pianura che tocca la base; chi, si domanda il Jhering, negherà al primo il diritto di sporgere un balcone sul fondo del secondo? E qual giudice, si può soggiungere, ammetterebbe mai pretensione siffatta? E in siffatto esempio il Jhering suppone manifestamente che il vertice della montagna sia ad una certa altezza al disopra del piede; quale? È sempre una quistione da risolversi in ogni singolo caso, quella dell'altezza a cui una sporgenza data può dirsi non ostare alla libera veduta dei proprietari sottostanti, nè quindi alla libera circolazione dell'aria.

Non vi ha quindi affatto proprietà *usque ad sidera*, ma soltanto diritto di elevare quanto piace il proprio edificio verso le stelle, fintantochè le leggi e le autorità amministrative, per ragioni di sicurezza pubblica, non impongano un limite, e diritto di pretendere che nessuno sporga sul fondo o sull'edificio nostro una co-

struzione qualunque sua, a tale altezza per cui, tenuto conto delle dimensioni della sporgenza, possa fondatamente asserirsi impedita la libera veduta verso l'alto, e, con questa, anche la libera circolazione dell'aria. Che se, come nel caso rettamente deciso dalla pretura di Lecco nella surriferita sentenza, l'occupazione dello spazio aereo minacci anche un reale pericolo per il proprietario sottostante, il diritto di questo di inibire siffatta occupazione non è per verità circoscritto a limite d'altezza, e l'azione sua non tende propriamente a far valere un diritto di proprietà, ma piuttosto a difendere questa contro un pericolo proveniente da un oggetto altrui, e la legge da applicarsi è l'art. 699 del Codice civile.

Sarebbe strano del resto che si dovesse rispettare una indefinita intolleranza di ostacoli aerei alla veduta dal basso in alto in una legislazione come è la nostra, e come sono le odierne tutte, nelle quali il privato possessore di un immobile è costretto a sopportare limitazioni ad altezza indefinita della sua veduta laterale per opera di vicini, i quali alzino il proprio muro, e possono persino sfuggire all'onere della comunione, per poco che si tengano ad una certa distanza dal confine! (v. art. 570-571).

Verso il centro della terra la estensione della proprietà del soprasuolo ha tutt'altro carattere di quella verso le stelle. Mentre, infatti, non si può parlare di proprietà dell'aria sovrastante al terreno o all'edificio, la questione invece intorno ai limiti del diritto del proprietario del soprasuolo nella direzione geocentrica, è una vera e propria quistione di proprietà.

In questa quistione il pensiero è combattuto fra due idee che sembrano contraddittorie: l'idea che non si possa segnare un vero e proprio confine fra il soprasuolo e il sottosuolo, e l'idea della assurdità che, per essere proprietario di un terreno, taluno pretenda di impedire a chicchessia di penetrare, a qualunque, per quanto grande, profondità nel sottosuolo del medesimo, se appare che egli possa farlo senza manomettere la superficie o il soprasuolo.

Ma è propriamente solo il pensiero scientifico a dibattersi fra codeste ambagi. Il senso pratico del genere umano non le ha mai conosciute, nè le conosce, e non per altra ragione potè introdursi, nel diritto romano dapprima, e poi in tante legislazioni moderne, e per secoli venire ammesso il diritto dello Stato sulle miniere, il diritto cioè di dare egli stesso la concessione dello sfruttamento

di queste, diritto non contraddetto per nulla dalla preferenza accordata talvolta al proprietario del soprasuolo, preferenza spiegata abbastanza dall'incomodo dato a costui onde penetrare nella miniera. Nè altro è il significato del fatto che, come nota il MANTELLINI (*l. c.*), a nessuno venne in mente " che fosse dovuta indennità ai proprietari degli Appennini e delle Alpi pei fori dei Giovi, di Pracchia, del Cenisio e di Monteceneri ".

Conciliare la scienza col senso comune è in questa, come in ogni altra occasione, serio còmpito del giureconsulto, ed è certamente còmpito possibile ad eseguirsi, al riflettere che il diritto, e le formule sue, devono servire ai reali bisogni del genere umano, e non questi a quelle.

Ho detto che la contiguità, ed anzi la continuità, in cui si trovano la superficie del suolo e tutti gli strati sottoposti a questa, è, a prima giunta, un ostacolo mentale alla distinzione concreta, cioè alla separazione fra soprasuolo e sottosuolo. Ma se tale continuità bastasse davvero a rendere illimitata la estensione della proprietà del suolo in senso geocentrico, bisognerebbe anche ammettere che chi si fosse impossessato di una parte di sottosuolo, a qualunque distanza dalla superficie sovrastante, fosse per ciò solo anche proprietario di tutto il terreno sovrastante intermedio, se per avventura questo non fosse stato ancora occupato da nessuno, ma ciò appunto nessuno può ammettere, nè in realtà ha neppur mai pensato. Non è dunque la vera contiguità o continuità fra il soprasuolo e il sottosuolo, benchè a prima giunta sembri, la vera causa della difficoltà di distinguere il primo dal secondo. La vera causa è un'altra. Il soprasuolo cioè riposa sul sottosuolo, e, come lo stesso è a dirsi di ogni strato di sottosuolo, idealmente separato dagli strati sottostanti, pare impossibile che la proprietà del soprasuolo non abbia ad estendersi indefinitamente nel sottosuolo fino al centro della terra.

Così rappresentata la difficoltà mentale alla distinzione fra soprasuolo e sottosuolo, essa è subito superata. Imperocchè la mente non ha difficoltà a concepire che, non ostante l'appoggio del soprasuolo sul sottosuolo, le sezioni via via più profonde di questo spettino a proprietari differenti, purchè ogni possessore inferiore nulla faccia che minacci avvallamento e rovina della porzione di sottosuolo superiore. E così è dissipata la difficoltà mentale, accennata sopra, ad ammettere limitazione della proprietà del suolo

in senso geocentrico. Rimane sempre la questione del criterio di questa limitazione, onde non si cada nell'assurdo della illimitazione, ma questa è oramai una pura e semplice quistione giuridica, scevra affatto da elementi perturbatori meramente mentali e fantastici.

Io non trovo altra via di rispondere alla domanda, fuorchè risalendo all'origine stessa della proprietà del suolo. Si tratta infatti di determinare la *vis* propria del diritto di proprietà territoriale, *vis* insita in essa fin dall'origine sua; è la stessa potenzialità iniziale di questo diritto, che si deve studiare e precisare.

Le terre non hanno potuto cominciare ad essere possedute, sia da individui, sia da collettività, se non per via e in virtù della cosiddetta occupazione primitiva. È questo indubbiamente, e per comune consenso, se non il titolo, il modo d'acquisto originario della proprietà. L'estensione adunque, fino a cui arrivava di sua natura la primitiva occupazione, è la stessa *vis* originaria, la potenzialità iniziale della proprietà dal lato della estensione di questa.

Or la terra ha due parti che si possono materialmente e mentalmente distinguere: la superficie o il soprasuolo, e la parte sotterranea o sottosuolo, e quindi nell'uno e nell'altro senso va intesa la estensione della primitiva occupazione, la potenzialità iniziale della proprietà sorta mediante quella occupazione. Quanto alla estensione in senso superficiale, è concordato da tutti gli scrittori della filosofia del diritto, ed anche praticamente ammesso nel diritto internazionale, che la occupazione non può estendersi più in là di quello che l'occupante non già valga col solo occhio a dominare, ma effettivamente colle forze personali sue e cogli strumenti di cui può disporre valga non solo a difendere dagli altri uomini, ma anche a sfruttare. Che sarà a dirsi dei limiti della occupazione primitiva nel senso geocentrico, cioe rispetto al sottosuolo?

A tale domanda ragion vuole che si risponda in modo analogo a quello in cui sono determinati i limiti della estensione superficiale.

Come il potere di fatto di possedere e di sfruttare decide della estensione superficiale della occupazione primitiva, così questo stesso potere deve decidere della estensione sotterranea di questa medesima occupazione. È una questione concreta anche questa, come quella dei limiti della occupazione della superficie, e vuol essere

risoluta la prima non meno della seconda, caso per caso, tenendo conto delle circostanze di ogni singolo caso. Ma appunto perchè quistione concreta, conviene insistere nell'esame dei concreti termini suoi. E ciò facendo, accade di dovere subito distinguere diverse ipotesi e diversi aspetti, che ponno darsi nella occupazione del suolo in senso sotterraneo e geocentrico.

Può darsi cioè che la occupazione del sottosuolo faccia veramente una cosa sola con quella del soprasuolo, nel senso che lo sfruttamento di quello faccia una cosa sola collo sfruttamento di questo, siccome accade nell'agricoltura. In questo caso il potere di sfruttare il sottosuolo, il criterio del limite della occupazione di questo, è lo stesso potere di sfruttare il soprasuolo, in quanto a ciò è indispensabile spingere l'azione dell'uomo sotterra, assicurare cioè sotterra le condizioni indispensabili del superficiale sfruttamento. Il limite di questo potere di sfruttamento del sottosuolo è vario secondo la varia natura della coltura intrapresa sul soprasuolo, secondo la varia natura del terreno, e secondo il vario grado di progresso di ogni industria di tal genere, prescindendo affatto dal potere individuale di ogni singolo possessore, perchè impossibile a determinarsi con sicurezza.

Può ancora darsi che lo sfruttamento del sottosuolo, anzichè inserviente a quello del soprasuolo e formante un tutto con esso, sia invece lo scopo per cui l'occupazione del soprasuolo sia stata fatta, come, p. es., per aprire una cava o una miniera, di cui già si conosceva l'esistenza. Questo caso è manifestamente inverso al precedente; sparisce in esso l'idea di sfruttamento superficiale, e, benchè sia necessario occupare prima la superficie, onde penetrare poi nel sottosuolo, la occupazione è piuttosto del sottosuolo, che del soprasuolo e del sottosuolo uniti insieme; la estensione poi in profondità della occupazione sotterranea, anzichè essere determinata principalmente da un coefficiente solo, cioè dalla sola possibilità del possesso di fatto superficiale, lo è invece da due coefficienti, che sono: potenza di possedere in fatto, dal di fuori, tutta la superficie di accesso al sottosuolo, e potenza di sfruttare la massa sotterranea che si vuole occupare. Ma anche in questo caso, come nel precedente, il limite della proprietà in senso geocentrico è dato potere di fatto che ha l'occupante di sfruttare la terra, potere determinato, anche in questo caso, di volta in volta, tenendo conto, oltrechè dell'attuale condizione delle industrie, anche della natura

del sottosuolo, ma non già delle attitudini individuali di ciaschedun occupante. Chi, p. es., occupa primo un terreno, onde aprire una cava o una miniera, ha diritto di spingere l'occupazione del sottosuolo sin dove la scienza e la tecnica del tempo consentono che possa effettivamente spingersi lo sfruttamento geocentrico divisato.

Può darsi finalmente anche una terza ipotesi, che è la più comune forma di occupazione di sottosuolo, e che è il vero e proprio oggetto della questione impresa a trattare rispetto all'art. 440 del Codice civile.

Può darsi cioè che chi già possiede una parte del sottosuolo, determinata col criterio esposto sopra, sia per averla occupata come accessorio inseparabile del soprasuolo, che fu diretto oggetto di occupazione e di sfruttamento, sia per averla occupata direttamente col proposito di direttamente sfruttarla, rendendo accessoria la occupazione del soprasuolo a quella del sottosuolo, — si spinga più in là nel sottosuolo, sia in senso verticale, sia in senso orizzontale, dipartendosi dalla parte già occupata, onde sfruttare la nuova parte, o nello stesso modo come quella, o in un modo differente.

Evidentemente è questa una nuova occupazione, che non differisce sostanzialmente da quella configurata nel caso precedente. Come in questo caso chi voleva occupare direttamente il sottosuolo, mosse da quell'estremo confine superiore di questo che è il soprasuolo, così in quello, chi vuole occupare, muove da quell'estremo confine superiore o laterale del nuovo sottosuolo da occupare, che è l'estremo confine inferiore o laterale del sottosuolo già occupato. E conseguentemente il criterio del limite, fino a cui può arrivare la nuova occupazione del sottosuolo, non può che essere quello stesso che vale per la occupazione precedente: il limite cioè del potere effettivo di sfruttamento al momento in cui l'occupazione è accaduta, limite determinato pure nel modo anzidetto, e il qual limite ho osservato corrispondere perfettamente, quanto alla occupazione sotterranea, a quello che i filosofi del diritto sono unanimi nel prestabilire alla occupazione superficiale della terra. Negare che la occupazione, sotterraneamente fatta, possa e debba avere una potenzialità limitata di appropriazione, e che questo limite sia dato dall'attuale potenza di sfruttamento dell'occupante, è lo stesso che negare siffatto limite nella occupazione diretta del sottosuolo, muovendo dal soprasuolo, e negare entrambe queste cose è lo stesso, nè più nè meno, che negare che la potenzialità

di appropriazione, insita nella occupazione superficiale primitiva, possa e debba essere limitata dalla effettiva potenza dell'occupante, di possedere e sfruttare ciò che ha occupato.

Non altri casi possono darsi di occupazione del suolo in senso geocentrico o sotterraneo, fuorchè i tre suddistinti. E dunque non vi hanno casi di questa occupazione in cui la estensione concreta della proprietà non sia limitata, e precisamente limitata dal potere attuale effettivo dell' occupante, così come è pur da tutti riconosciuto rispetto all' occupazione primitiva superficiale, o del soprasuolo.

Or come egli è fuor di dubbio che l'origine prima, il titolo o il modo dell'acquisto originario della proprietà territoriale non è altro che l'occupazione, ne consegue manifestamente che ogni qualvolta si discuta intorno alla estensione del diritto di proprietà territoriale in senso geocentrico, senza riferirsi a contratti o altri titoli che l'abbiano determinata, la questione si risolve nel determinare la potenzialità di appropriazione, inerente alla occupazione da cui trae la sua prima origine la proprietà in quistione, e che questa estensione si può e si deve sempre determinare col criterio della attuale potenza di sfruttamento al momento in cui la occupazione venne fatta, avuto riguardo, non già alla individualità dell'occupante, ma alle condizioni di fatto del terreno, e a quelle di fatto attuali dell'industria, a cui il divisato sfruttamento del sottosuolo fornisce il contenuto, sia accessorio e indiretto, sia principale e diretto.

Ed ecco conciliate insieme la scienza e il buon senso nell'interpretazione dell' art. 440 del Codice civile, rispetto al sottosuolo, ecco preservata con un criterio ben determinato codesta interpretazione da assurde conseguenze, che ognuno anticipatamente ripudia, ecco completato e fecondato quel passo di legge col mezzo di un sottinteso, che ben può al legislatore attribuirsi senza indiscrezione, poichè risponde a canoni fondamentali e inconcussi del diritto naturale, a quei canoni a cui lo stesso legislatore nostro nel titolo preliminare del Codice civile (art. 3) si richiama per tutte le lacune di concetto, che in questo codice per avventura si riscontrino.

La dottrina suesposta non differisce sostanzialmente nel suo pratico risultato da quella di Jhering, e di tanti altri odierni giuristi, nonchè di parecchi giudicati italiani, i quali desumono il li-

mite della proprietà del sottosuolo (e anche dello spazio aereo) dall'interesse pratico del proprietario, o dalla destinazione del fondo. Bensì io mi trovo in maggiore, anzi in pieno accordo col Pampaloni, piuttosto che con gli altri, dicendo anche il Pampaloni (*l. c.*, pag. 22) che la proprietà del sottosuolo (e anche dello spazio aereo) si estende " fin dove è richiesto dall'interesse del proprietario, in rapporto all'uso che è possibile fare del fondo di cui si tratta, nelle condizioni attuali dell'arte e dell'industria umana (interesse per un uso del fondo qualsiasi, purchè attualmente possibile) ".

Ma tutti questi scrittori non dànno un fondamento, una premessa propriamente giuridica alla loro concreta conclusione; essi presentano questa come ragionevole di per sè, cioè come manifestamente rispondente a temperanza ed equità, mentre i loro avversari, i fautori dell'interpretazione letterale dell' art. 440, credono invece di poterne dare per ragione la *vera* e *propria potenzialità* del diritto di proprietà. Egli era quindi necessario, volendo assicurare la tesi temperata ed equa suddetta, assegnarle un fondamento giuridico, e propriamente là dove credono di trovarlo gli avversari; era necessario dimostrare che appunto il diritto di proprietà, in sè considerato, non può condurre ad una conseguenza pratica diversa. E ciò è quello che io ho cercato di fare, riflettendo che il diritto di proprietà territoriale non può avere altra origine fuorchè la primitiva occupazione, la quale porta seco il limite della vera e propria sua potenzialità di appropriazione, limite consistente, per l'appropriazione superficiale, nella effettiva potenza di possedere e di sfruttare il soprasuolo, per la appropriazione sotterranea, sia dal soprasuolo proveniente, sia dal sottosuolo, nella effettiva potenza di possedere e di sfruttare il sottosuolo occupato.

Trascurando questo titolo della occupazione, si viene anche a cadere in un grave errore, quello cioè di ritenere sufficiente a costituire proprietario del sottosuolo chi soltanto conosca la possibilità di sfruttarlo, ma non abbia ancor fatto nulla per occuparlo, onde sfruttarlo. Se la sola cognizione della possibilità di sfruttare il terreno non ancora occupato, potesse dispensare dalla occupazione, sarebbe difficile non fare un passo anche più in là, e non desumere colla Cassazione di Napoli (*dec. cit.*) la dottrina *usque ad sidera et inferos* dal solo " moltiplicarsi e progredire l'umana attività alla giornata ", e, colla Cassazione di Palermo (*dec.* appresso

cit.), dalla sola possibilità di tesori racchiusi nel sottosuolo " benchè nell' attualità non siano scoperti "; manifestissimi errori codesti, buoni soltanto a cavare in qualche modo d'imbarazzo chi si crede in obbligo di sostenere una tesi, prima e senza che sia riuscito a costruirla nella mente sua col soccorso di rigorosi principî.

Finirò di chiarire la dottrina da me esposta, facendone qualche applicazione.

Si vuole occupare dal di fuori parte del corpo di una montagna, sottostante ad un superiore possesso altrui sulla montagna stessa. Offendesi il diritto di questo proprietario superiore? Rispondo: certamente lo si offende, se il terreno che si vuole occupare è sottosuolo inseparabile dall'industria agricola esercitata da quel proprietario nel soprasuolo. Al di là del punto o della linea fino a cui ciò si può dire, il sottosuolo in questione può ben essere occupato dal nuovo venuto, perchè non è ancora stato occupato dal detto proprietario superiore. Ma se il sottosuolo, che si vorrebbe occupare, fosse continuazione di sottosuolo superiore già intrapreso a sfruttare in qualunque modo da un'altra persona, che vi è pervenuta, sia dal soprasuolo, sia da una parte superiore del sottosuolo, il nuovo venuto non potrebbe occupare, alla volta sua, se non al di là di quel limite, fino a cui potesse dimostrarsi arrivata l'occupazione del proprietario superiore, o al di là del quale questo proprietario non potrebbe spingere lo sfruttamento suo, senza mutar l'indole di questo. Nè, come ho già osservato poc'anzi, varrebbe certamente, a prò del proprietario superiore del sottosuolo, addurre e provare che egli già conosceva il contenuto del sottosuolo a maggior profondità, e anzi aveva espresso la intenzione sua di spingervisi collo scavo. Sfruttamento possibile non equivale a sfruttamento effettivo, nè occupazione divisata a occupazione compiuta, nè utilità che può suggerire l'occupazione a occupazione effettiva per conseguire quella utilità.

Si vuole occupare una porzione di sottosuolo sottostante ad un'altra, già occupata da altri, ma il nuovo occupante si diparte da un'altra porzione collaterale di sottosuolo, mentre l'occupante anteriore si è dipartito dall'alto. Sarà lecita la nuova occupazione, se la porzione di sottosuolo da occuparsi è al di là del limite, a cui giunge la occupazione superiore, indispensabile per esercitarvi una data industria, avuto riguardo alla natura di questa, alle condizioni scientifico-tecniche sue, e alla natura del terreno.

In ambedue le ipotesi suddette, e in altra qualunque, ogni pretensione alla proprietà o alla estensione della proprietà preesistente del sottosuolo, è inammissibile, è *nonsenso* giuridico, sia che: *a)* non si basi su di una avvenuta effettiva occupazione, sia che: *b)* oltrepassi i confini della potenzialità di appropriazione, insita nell'occupazione avvenuta, determinati coi criteri suesposti, tanto in materia di occupazione superficiale, quanto in materia di occupazione sotterranea.

Se io non m'inganno, la suesposta dottrina è anche la sola che valga a spiegare il diritto vigente presso tutte le nazioni in materia di diritto sulle miniere. Le legislazioni cioè, come la inglese e la toscana, che attribuiscono le miniere al proprietario del soprasuolo, non significano altro in sostanza, se non che la miniera è *possibile* oggetto di proprietà mediante occupazione di preferenza per parte del proprietario del soprasuolo, fintantochè non sia diventata di proprietà *effettiva* di quello in forza dell'occupazione avvenuta. Nessuna di quelle legislazioni statuisce però, che, se per avventura, al di là della miniera in senso geocentrico, ci sia ancor sottosuolo appropriabile, anche questo sia proprietà del proprietario del soprasuolo, dal momento in cui egli abbia occupato la miniera e soltanto per virtù di questa occupazione. — Quelle legislazioni poi, che sono le più, le quali fanno dipendere la proprietà della miniera da una concessione dello Stato, si ispirano ancor più manifestamente al concetto che la miniera è oggetto di occupazione distinta da quella del soprasuolo, e da questo concetto si dipartono per applicare a siffatta proprietà un diritto che allo Stato non si può negare rispetto ad ogni e qualunque proprietà, il diritto cioè di disciplinarla come crede meglio in ordine ai generali interessi della società. Di questo diritto nessun legislatore fu più compreso di quello di Venezia. Nei *Capitoli et ordini minerali de l'Eccelso Consiglio dei Dieci* a dì 13 maggio 1488, non solo è stabilito che le miniere non si possano aprire senza *investitura* del magistrato sulle miniere, ma è anche prestabilita una profondità, al di là della quale non può spingersi lo scavo, la quale profondità non deve eccedere 24 *passi* di *piedi* 5.

Si potrà egli per avventura muovere obbiezione alla suesposta dottrina, argomentando dai principi giuridici relativi al tesoro? Poichè questo, per l'art. 714, appartiene in tutto o per metà al proprietario del fondo in cui è stato rinvenuto, secondo che lo

stesso proprietario sia stato inventore, od un altro, si dirà egli che con ciò il legislatore dimostra estendersi la proprietà indefinitamente nel sottosuolo, in direzione geocentrica?

Vi fu chi ha così argomentato, ma è questo pure, a mio credere, un errore.

La dottrina del tesoro non è, nè può essere, diversa nel diritto civile italiano, da quella che è in diritto romano. Ora egli è certo che i diritti conferiti al proprietario e all'inventore rispetto al tesoro dal § 39, I, *de rer. div.*, e dalla *l.* 13, § 10, D, *de jure fisci* (discordanti questi due passi soltanto circa la spettanza al fisco di metà del tesoro rinvenuto in *religiosis et monumentis*), diritti sostanzialmente identici a quelli statuiti dalla legge italiana, non si possono ricondurre ad altro titolo, fuorchè all'occupazione rispetto all'inventore, ed alla concessione della legge, rispetto al proprietario. Dice infatti Giustiniano, I., l. c.: *thesauros quos quis in loco suo invenerit, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit;* ma quale equità? Quella stessa per cui segue a dire: *idem statuit si quid in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit;* ora, chi ritrova, e perciò acquista il tesoro scavato in luogo che a nessuno appartiene, acquista evidentemente per occupazione. E non si esclude già con ciò che il diritto del proprietario sulla metà del tesoro, da altri ritrovato, sia diritto di proprietà, anzichè di credito, dei quali due concetti il primo è preferito da Windscheid (*Pand.*, § 184) e da Arndts (*Pand.*, § 154), il secondo da Puchta (*Pand.*, § 154) e da altri. È diritto di proprietà quello del proprietario sulla metà del tesoro scoperto da altro, ma è diritto che egli acquista *ipso jure*, come osservano i giuristi citati, diritto cioè che la legge stessa gli attribuisce e fa sorgere insieme a quello dell'inventore. Potrà anche dirsi che il tesoro, o la metà di questo, acquistasi dal proprietario del fondo per titolo di accessione, e di una accessione creata dalla legge stessa, ma l'accessione, come lo indica la parola, non è svolgimento della intrinseca potenzialità della proprietà, e in questo caso essa può eziandio considerarsi come una specie di occupazione, che la legge stessa suppone fatta dal proprietario del terreno in cui il tesoro venne rinvenuto. E perchè è proprietà il tesoro, o la metà di questo, di chi è padrone del fondo in cui venne trovato, ed è una accessione legale di questo fondo, ne viene che debba restituire la metà del tesoro rinvenuto il creditore pignoratizio (l. 21, § 2, D. *de*

pign. act.), e che lo stesso obbligo abbia chi restituisce la *dos* (l. 12, D. *sol. matrim.*, e l. 69, § 9, D. *de jure dotium*), e che chi deve consegnare il fondo *cum omni causa*, debba anche restituire la metà del tesoro, secondo la opinione di Arndts (*ib.*, § 253) e di altri molti. Se per diritto romano il tesoro fosse parte integrante del sottosuolo, solo perchè la proprietà di questo è indefinita, esso diritto non escluderebbe che l'inventore del tesoro, il quale non dà al proprietario del fondo, in cui l'ha trovato, la metà sua, sia reo di furto (v. l. 31, § 1, D. *de acquir. rer. dom.*, e arg. l. 44 pr., D. *de acquir. vel amitt. possess.*).

Tutto ciò, come ho già notato, vale pure in diritto civile italiano. L'art. 711 del Codice civile dice espressamente che il tesoro si acquista *per occupazione*. Ciò stesso, e inoltre che il tesoro non sia neppure posseduto dal proprietario del terreno in cui è nascosto, e che, per conseguenza, l'inventore infedele del tesoro non sia reo di furto, ma solo di appropriazione indebita (come ebbe a statuire l'art. 420 del Codice penale del 1889, in armonia col Codice penale toscano, art. 403, e con altri codici), ebbero a dichiarare parecchi giudicati italiani, fra i quali ricordo: Cassazione di Palermo, 9 aprile 1874 (*Giur. it.*, 1875, I, 127), e Cassazione di Torino, 13 settembre 1875 (*Ivi*, 1876, I, 33).

Or se il tesoro viene acquistato per mezzo di una occupazione nuova e distinta da quella, per cui venne originariamente acquistato il fondo in cui venne rinvenuto, egli è manifestamente impossibile concepire un preesistente diritto del proprietario del fondo sul tesoro, addurre l'art. 714 come argomento della inseparabilità del sottosuolo dal soprasuolo nel concetto della proprietà, dello estendersi di per sè la potenzialità della proprietà del soprasuolo a tutto il sottosuolo indefinitamente.

Fosse del resto anche vero che il diritto del proprietario del fondo sul tesoro, anzichè da occupazione propria, o da partecipazione a occupazione altrui, derivasse dalla vera e propria potenzialità del diritto di proprietà territoriale in senso geocentrico, non ne conseguirebbe ancora che codesta potenzialità non avesse alcun limite. È singolare davvero che nessuno prima del Pampaloni abbia fatto questa riflessione (*l. c.*, p. 19-20, e *Il concetto giuridico del tesoro*. Roma, 1888). La legge infatti non dice sino a quale profondità il tesoro ritrovato nel sottosuolo appartenga al proprietario del soprasuolo; or chi afferma potere essere qualunque

la profondità, solo perchè l'art. 714 non distingue, oppure adducendo l'articolo 440, cade in una petizione di principio, valendosi dell'interpretazione letterale dell'art. 714 per convalidare quella dell'art. 440. Per converso egli è chiaro che le ragioni addotte contro l'interpretazione dell'art. 440, nel senso dell'*usque ad sidera et inferos*, valgono altresì contro l'opinione che il tesoro, rinvenuto a qualunque profondità del sottosuolo, appartenga sempre al proprietario del soprasuolo. Per il Pampaloni quella profondità non può oltrepassare il limite, oltre il quale cessa la possibilità pel proprietario del soprasuolo di far uso del sottosuolo; per me, coerentemente alle cose che ho dette sopra, quella profondità non può oltrepassare il limite sino al quale arriva la possibilità dello sfruttamento del sottosuolo effettivamente occupato, sia da un occupante superficiale, sia da un occupante sotterraneo. E per tal guisa l'argomento che i fautori della dottrina *usque ad sidera et inferos* vogliono desumere dall'art. 714 del Codice civile, non ha valore nessuno, qualunque sia la ragione che si voglia a quell'articolo assegnare, ed anche, in particolare, se questa ragione si voglia far consistere nella duplice inseparabilità del tesoro dal sottosuolo, e del sottosuolo dal soprasuolo.

Conseguentemente, io mi confermo nella dottrina esposta precedentemente, dottrina che, oltre al rispondere in generale alla quasi universale persuasione dell'impossibilità di interpretare alla lettera l'art. 440, e oltre al concordare sostanzialmente, nell'effetto suo pratico, col prevalente avviso dei giuristi odierni circa il limite da imporsi a quella interpretazione, parmi completare e assicurare viemaggiormente questo stesso prevalente avviso, ricollegandolo con sicure premesse filosofico-giuridiche.

Della superficie in diritto italiano.

Una sentenza della Cassazione di Roma 9 dicembre 1896 (*Giur. it.*, 1907, I, 1, 689) afferma che il diritto di *superficie*, benchè non contemplato espressamente dal *gius* positivo italiano, non è però incompatibile con questo, e può essere costituito mediante contratto, e che a differenza del *gius* romano, in cui la *superficies* era un mero *jus in re aliena*, nel *gius* civile italiano " la superficie è un vero e proprio diritto di dominio sulla superficie staccata e distinta dal sottosuolo „. Lo stesso avevano dichiarato la Cassazione di Torino, 29 aprile 1886 (*Ib.*, 1886, I, 1, 614), 23 aprile 1889 (*Giur. tor.*, 1889, 342), e la Cassazione di Roma, 6 dicembre 1881 (*Giur. it.*, 1882, I, 1, 95). E questa è noto essere ormai opinione quasi universalmente ricevuta nella giurisprudenza italiana, confermata da moltissimi altri giudicati, e validamente propugnata dai due più benemeriti illustratori di questo punto del diritto civile italiano, A. Lucci (*Del diritto di superficie,* Bologna, 1894) e N. Coviello (*Della superficie,* Bologna, 1892).

Vi ha però anche chi dubita di codesta tesi. La Cassazione di Firenze, p. es., in una decisione 21 aprile 1890 (*Annali di giur.*, 1890, I, 7) viene a negare il diritto di proprietà sulla superficie, distinta dal suolo, affermando che " chi concede ad altri di fabbricare sul proprio suolo rinunzia al dominio di questo „, e adduce per argomento la l. *de R. V.*, *solum partem esse aedium existimo, nec alioquin subjacere ut mare navibus.* E il professore G. Segrè, in una eccellente nota inserita nel *Foro italiano* (1891, I, 364), opina *remissivamente,* cioè dubita, che la proprietà della superficie

possa costituirsi in Italia, distinta dalla proprietà del suolo, per convenzione, legato, ecc.

E non è questo il solo punto di questione, cui porse occasione il diritto di *superficie*, considerato in relazione al vigente *gius* civile italiano. Un altro, assai più discusso, è quello della costituzione sua per virtù di costruzione dell'edificio fatta da un terzo sul fondo altrui con materiali proprii. Esso fu discusso molte volte in questi ultimi anni, in occasione specialmente delle nuove costruzioni di Roma, fatte su aree ad altri spettanti, alla condizione che gli edifici costruiti fossero proprietà dei costruttori, e che, a costruzione finita, l'area venisse venduta al costruttore. Ed è noto che opposte opinioni vennero in proposito propugnate da scrittori e da tribunali, comprese le Corti di Cassazione, e che anche una medesima tesi è stata successivamente adottata e ripudiata dalla stessa Corte di Cassazione.

Io mi propongo di esporre il mio avviso sull'uno e sull'altro punto di questione, facendo mio pro di quanto è stato detto finora intorno all'uno ed all'altro, da scrittori e da magistrati.

Un punto in cui tutti convengono, è l'inammissibilità della *superficies* romana in diritto moderno, il carattere di distinta *proprietà*, che solo può assumere in questo diritto la *superficie*, considerata come un diritto a sè, distinto dalla proprietà del suolo. Ed a ragione. Imperocchè la *superficies* romana era oggetto di proprietà dello stesso padrone del suolo, e di un semplice *jus in re aliena* per il superficiario, di guisa che il possesso del superficiario era quasi-possesso, e l'interdetto *de superficiebus* quasi possessorio; sorgeva dalla locazione *ad non modicum tempus* (l. 1, § 3. D. *de sup.*), ed aveva per corrispettivo il *solarium*; era una deroga in pari tempo alla personalità del diritto del conduttore, e al canone dell'inseparabilità del diritto sull'edificio dal diritto sul suolo; deroga inventata dal pretore a vantaggio del conduttore (l. 1 pr. D. *h. t.*). Probabilmente nello stesso diritto romano classico la superficie ebbe una evoluzione; da semplice incremento del diritto di chi aveva preso in affitto un edifizio costruito dal proprietario del suolo, diventò tutela del diritto di chi si faceva costruire a proprie spese sul suolo altrui, e indiretto favore dato a nuove costruzioni su terreni non adoperati, venendo così ad essere pei fondi urbani un istituto parallelo all'enfiteusi nei fondi rustici; locchè sarebbe anche confermato dai molti esempi

tramandati dalla storia, e specialmente dalla epigrafia (v. Lucci, l. c.) di edifizi superficiarî su suolo pubblico, di Stato o di città. E in questa trasformazione la originaria *superficies* potè diventare un diritto perpetuo, quale non mi pare sicuro che fosse, come pensano autorevoli romanisti, quali Gerrini e Pampaloni, quando venne emanato l'editto pretorio *de superficiebus*, se si pon mente alla espressione *ad non modicum tempus*. Così trasformatasi la originaria *superficies* romana, durante l'impero dello stesso romano diritto, apparisce manifestamente impossibile, per sola ragione storica, che il diritto moderno l'abbia a conoscere. Essa è disusata e dimenticata da secoli in Europa, e infatti gli instauratori della nuova scienza del diritto, come p. es. Baldo e Bartolo, non distinguono affatto la superficie dal livello, o enfiteusi; la considerano enfiteusi urbana, il quale concetto è sempre rimasto tradizionale e universale in Italia fino ai giorni nostri. Bartolo poi fu primo a considerare vera proprietà la *superficie* senza *solarium*. Nell'età moderna si mantenne, e fu largamente praticato il livello urbano. Ed accanto questa specie di diritto superficiario se ne venne costituendo un'altra, affatto ignota ai romani, locazione ereditaria, distinta dall'enfiteusi solo per la diversa proporzione del canone alla rendita reale del fondo (V. Codice civ. austr., §§ 1122-1123).

Ma anche un'altra specie di *superficie*, ai romani ignota, si venne costituendo: la vera e propria e piena proprietà dell'edifizio, distinta dalla proprietà del suolo. Varie furono le cause di questa innovazione. In parte il concetto germanico affatto opposto al romano circa il rapporto fra la costruzione e il suolo, il canone cioè " che il suolo cede alla superficie ", opposto al romano: *superficies solo cedit*. E fra i diritti reali praticati in Germania, e riconosciuti ancora dal nuovo Codice civile tedesco, vi ha il *Baurecht* ed il *Kellerrecht*. In parte anche la necessità di conciliare la inalienabilità delle terre feudali ed ecclesiastiche coll'interesse di favorire l'industria edificatrice. Onde frequenti furono gli esempi (vedi Lucci, l. c.) di proprietà superficiarie su terreni spettanti alla Chiesa, e in Inghilterra è comune anche oggi l'esempio di terreni spettanti per originario diritto feudale a lordi, e di edifizi costruitivi sopra, spettanti ad altre persone; la *City* di Londra, p. es., appartiene quanto al suolo, in massima parte al duca di Westminster, il quale non è proprietario degli edifici sovrastanti. In questi casi però, affinchè il diritto del proprietario del suolo

non si riduca a poco più che un nome, dopo che l'edifizio è stato costruito, la proprietà superficiaria soleva e suole essere a tempo; in Inghilterra, p. es., è di 99 o di 999 anni. Ed anche soltanto l'opportunità economica è stata causa di moderne forme di proprietà superficiaria; non credo infatti sia altra l'origine della divisione della proprietà di un medesimo edifizio *per piani*, divisione di proprietà sconosciuta certamente al diritto romano (v. l. 25, pr., D. *de S. P. U.*). Codesto istituto si diffuse per tutta l'Italia, e negli statuti italiani, p. es., in quelli di Milano, il diritto di ogni proprietario di piano è qualificato *proprietà*. È tanto vero che l'origine di questo istituto fu tutta economica, che p. es. a Milano, dove secoli sono era praticato, oggi è affatto sconosciuto, il che non si spiega se non perchè l'accresciuta ricchezza della popolazione venne moltiplicando il numero di coloro che possono avere ciò che tutti desiderano, cioè una casa tutta per sè. Ed è ancora ad un motivo tutto economico, e per natura sua costante, al bisogno cioè dell'associazione dei capitali, dovuta quell' altra forma di proprietà superficiaria, tutta italiana, che è la separazione della proprietà dei palchi da quella dell'area e della sala, e degli altri elementi immobiliari di un teatro; che il diritto sul palco teatrale sia vera proprietà, è oggi opinione dominante (v. le mie *Questioni di diritto civile*, vol. I, Bocca, Torino 1897, p. 198).

Per tutte queste cause è accaduto che, allorquando i nuovi codici vennero in questo secolo emanati in Italia, trovavansi in questo paese moltissimi esempi di proprietà superficiarie, considerate tali dalle leggi anteriori, e insieme distinte dalla proprietà del suolo. E molti di cotali diritti esistevano pure allorquando venne emanato il nuovo Codice civile italiano.

Tutti quei codici non contemplarono *esplicitamente* in nessun luogo il diritto di superficie, cioè di proprietà superficiaria: nè il Codice civile austriaco, nè gli altri fatti ad imitazione del *Code civil*. Di qui la domanda se, non ostante cotal silenzio, quel diritto sia compatibile o no con ciascuna delle dette legislazioni. E questa domanda si fa oggi, come dissi, rispetto al Codice civile italiano.

La quistione ha due aspetti: può riguardare cioè i diritti superficiari costituiti vigendo anteriori legislazioni, che li ammettevano, e può riguardare la costituzione di nuovi diritti di tal genere.

Sul primo punto io non sono dell'avviso di Segrè (l. cit.), il

quale non è propenso a credere che i vecchi diritti superficiari possano durare sotto l'impero del codice nuovo; ritengo invece il contrario coll' avv. E. Grondona (*F. I.*, 1889, I, 470). E di vero, come io ho posto in chiaro nella mia *Teoria della retroattività* della legge (3ª ediz., vol. III, p. 22, 41, Torino, 1897), se è vero che immediata applicazione riceve una legge abolitiva di un diritto reale, il silenzio però ad un diritto reale non vale certamente abolizione, e quindi le proprietà superficiarie, anteriormente costituite, non possono cessare se non nei modi e per le cause contemplate dalle leggi, sotto il cui impero furono costituite.

Rispetto al secondo punto è a dirsi ancora che il silenzio della legge non può valere esclusione di un dato rapporto o istituto giuridico, se non quando col silenzio concorra l'inconciliabilità di questo rapporto o istituto con principî generali, che informano la legge o il codice in materie affini. Imperocchè, ove ciò non sia, l'art. 3, tit. pred. Cod. civ. italiano, dà facoltà al giudice di supplire al silenzio della legge, argomentando egli stesso da quei generali principî. Or che il concetto della proprietà superficiaria ripugni allo spirito, cioè generali principî, del diritto italiano consegnato nel Codice civile, non si può certamente affermare. La proprietà superficiaria riposa propriamente su due concetti giuridici: la possibile distinzione e separazione della proprietà del suolo da quella dell'edificio, e la possibile temporaneità della proprietà, poichè la superficie può essere costituita in perpetuo e a tempo. Or che questi due principî ripugnino per se stessi allo spirito del vigente diritto civile italiano, non parmi si possa dire, mentre non vi ha nessun articolo del codice, nessun canone esplicito di questo, che trovisi in opposizione con essi, pel motivo soltanto che, aggiunti, per via di interpretazione, al sistema del diritto positivo immobiliare, si troverebbero senza nesso organico con questo sistema, e come isolati. Lo stesso è già parso ai molti giureconsulti francesi, che ammisero l'enfiteusi, non ostante che di questa non vi sia parola nel *Code civil*, e con nessun istituto contemplato da questo si possa confrontare; tali, p. es., Proudhon (*Dom. de propr.*, II, n. 217), Troplong (*Louage*, n. 31), Aubry et Rau (II, § 233), Demolombe (I, n. 483).

Non posso però dissimularmi che il perfetto isolamento in cui viene a trovarsi un canone giuridico, introdotto per via di interpretazione in un sistema legislativo, che non soltanto lo passa in

silenzio, ma nulla contiene che abbia con esso affinità, è circostanza poco favorevole alla inattendibilità di tale interpretazione. Non è infatti irragionevole supposizione che ciò a cui il legislatore non ha in nessuna guisa, neppure lontanamente pensato, sia cosa contraria affatto alla direzione del suo pensiero, che cioè egli non avrebbe potuto ammettere, se vi avesse pensato.

Ma che veramente la proprietà superficiaria sia istituto, che, taciuto dal Codice civile italiano, non possa per via di interpretazione ammettersi dalla giurisprudenza di questo codice, senza che apparisca isolato affatto nel sistema di quel diritto, non si può dire, e questo è il principale e decisivo argomento a favore di questa interpretazione.

Il diritto civile italiano non ammette nè esclude esplicitamente l'istituto della proprietà superficiaria, ma in realtà contiene e contempla esempi speciali di questa proprietà, sicchè debba dirsi ammetter esso la possibilità di tale istituto in generale, la quale possibilità comprende manifestamente anche ogni altro speciale esempio di quel genere, che la vita giuridica nazionale abbia prodotto, o venga di mano in mano producendo.

Osserva giustamente la Cassazione di Torino nella citata sentenza 29 aprile 1886 che la distinzione della proprietà superficiaria dalla proprietà del suolo si collega in diritto italiano colla distinzione della proprietà del soprasuolo da quella del sottosuolo.

Nel Codice civile italiano poi un esempio di proprietà superficiaria, da tutti riconosciuto, è la divisa e distinta proprietà dei singoli piani di una casa. Avvertasi che questa proprietà non è soltanto di piani superiori al piano terreno o alla cantina, il quale piano terreno o cantina faccia una cosa sola colla proprietà del suolo, appartenga cioè allo stesso proprietario di questo, ma può esserlo anche del piano terreno, e anche di cantine sottoposte a questo, sicchè tutti i distinti proprietari delle varie parti dell'edificio siano superficiari di fronte al proprietario del suolo, e ogni proprietario di piano superiore sia superficiario di fronte al proprietario del piano inferiore.

Ma non è questo il solo esempio di proprietà superficiarie, riconosciuto dal Codice civile, benchè generalmente lo si creda.

Se io non m'inganno, un altro esempio è la proprietà del fondo altrui, su cui si costruisce un acquedotto coattivo (art. 603, 604 Cod. civ. it.). Imperocchè il fondo altrui, a tale scopo occupato,

non appartiene, nè può appartenere al padrone dell'acquedotto se non per ragione, e quindi per la durata della conduttura dell'acqua attraverso l'acquedotto; se anche l'acquedotto è stato costruito colla mira della perpetuità, venendo a cessare, per ostacoli di diritto o di fatto, il diritto di derivar l'acqua da trasportarsi, non è dubbio per me che anche la proprietà del fondo occupato dall'acquedotto cessa nel proprietario di questo, che il già proprietario del solo sottosuolo ridiventa proprietario anche della superficie, e che, rispetto all'acquedotto ancora sussistente egli può valersi delle facoltà designate nell' art. 450. E propriamente gli art. 603 e 604 del Codice civile contengono un esempio di proprietà superficiaria che può tanto essere perpetua, quanto temporanea. Unico esempio davvero di quest'ultimo genere di proprietà superficiaria, contemplato nel Codice civile italiano, ma preziosissimo a favore della general tesi: che in diritto italiano odierno la proprietà superficiaria è possibile, quale dalla scienza è ammessa, cioè tanto perpetua quanto temporanea.

Non osta di certo all'anzidetto la circostanza che i citati articoli obblighino il proprietario dell' acquedotto a pagare l' intiero valore del fondo occupato, in caso che l'acquedotto sia perpetuo. Imperocchè ciò che si paga, comperando un fondo, non è altro mai che il valore di questo, come proprietà superficiale. Depone invece a favore della tesi che il diritto del proprietario dell'acquedotto sul fondo altrui sia di proprietà, il dover egli pagare non già un canone annuo, ma un vero e proprio prezzo d'acquisto, benchè metà soltanto del valore del fondo occupato.

Di fronte a questi testuali esempi di proprietà superficiaria, è manifesta, ripeto, la possibilità in diritto italiano di codesto istituto nel suo generale concetto, e quindi l'ammissibilità di ogni altro caso od esempio di tal genere, dal codice non contemplato, ma ammesso e praticato in Italia.

Non esitano in realtà molti giureconsulti italiani a battezzare di proprietà superficiaria non pochi istituti del nostro diritto civile, non contemplati nel Codice civile.

Tale anzitutto il diritto di palco in teatro. Come ho già accennato, è questa certamente una proprietà superficiaria, quando il proprietario del palco non lo sia in pari tempo della sala e dell'area del teatro. E questa è anche, ho detto, l'opinione oggi prevalente; sarebbe universale, se i giureconsulti italiani trovassero

di poter ricondurre questo speciale caso ad un concetto generale del nostro diritto, se cioè si fossero famigliarizzati all'idea che la proprietà superficiaria è un istituto giuridico non estraneo al nostro *gius* civile, benchè non contemplato espressamente, nella generalità sua, nel nostro Codice civile.

Adduconsi anche come esempi di proprietà superficiaria le ferrovie e i *tramways*. E non mi par dubbia codesta tesi, ove si tratti di ferrovie e di *tramways* costruiti dalle stesse persone o società che li esercitano. Imperocchè se quelle costruzioni vennero fatte su terreno che non apparteneva prima ai costruttori, questo terreno non può intendersi venduto nè comperato se non per quello scopo e quindi fino a tanto che le ferrovie e i *tramways* vengano esercitati. Ma per le ferrovie esercitate da concessionari che non le hanno costruite, come sono molte ferrovie italiane, è a dubitare della tesi di N. Coviello (l. c.), che anche in questo caso abbiasi una proprietà superficiaria, temporanea s' intende e sul suolo publico, delle rotaie e degli edifici tutti inservienti alla ferrovia. Imperocchè la libera disposizione di questi elementi immobiliari della ferrovia, conceduta dallo Stato alle società concessionarie, è appunto stata conceduta come un mezzo, e soltanto come un mezzo all'esercizio ferroviario, e, appunto perciò, per quanto libera quella disposizione, non lo è però tanto quanto lo comporta e lo vuole il concetto della vera proprietà, superficiaria o no. Per me, il diritto in quistione è bensì un diritto reale immobiliare, perchè non solo su cose immobili cade, ma anche su queste direttamente si esercita; ma non è proprietà, bensì diritto frazionario di questa; qual diritto? Io non sarei alieno dallo scorgervi un usufrutto, limitato bensì, e principalmente dal divieto di cederne l'esercizio ad altrui. E con ciò si spiegherebbe abbastanza come la legge 21 luglio 1879 ammettesse l'ipotecabilità delle ferrovie.

Neppure crederei che fosse proprietà superficiaria, ma piuttosto reputerei locazione ereditaria, il *gius* di *gazagà*, intorno alla cui natura tanto si è discusso in Italia (V. Baccelli, *Il jus di gazagà*, Roma, 1892). La qual natura di locazione ereditaria crederei che avesse avuto il *jus intraturae*, praticato in altri tempi a Firenze rispetto a molte botteghe.

Un altro esempio invece di proprietà superficiaria convengo con N. Coviello (l. c.) potersi ravvisare in quella dei banchi in chiesa, se però questi sono infissi stabilmente nel suolo della chiesa.

Prescindendo però dagli esempi di proprietà superficiarie, non ammesse espressamente dal Codice civile italiano, ma dalla giurisprudenza riconosciuta, pare a me che il reputare possibile in diritto italiano la proprietà superficiaria, in particolare di un intiero edificio, sia legittima applicazione di quella generale e distinta possibilità di una proprietà superficiaria, che ho detto essere data indubbiamente dal vigente Codice civile per il solo fatto che questo ne contiene indubbiamente due esempi, benchè diversi da quello. La proprietà superficiaria di un intiero edificio può dirsi del resto contenuta in quella stessa di un piano distinto di casa, se appena si riflette che, potendo essere distinta dalla proprietà del suolo quella dello stesso piano terreno, ove accada che i piani superiori a queste vengano demoliti, e quello che era piano terreno, venga ricoperto da un tetto, è *ipso facto* data la proprietà superficiaria di un edificio. Altro non occorre quindi per ammettere la possibilità giuridica della proprietà superficiaria di un edificio nel diritto italiano vigente, se non il reale bisogno ed uso che se ne scorga in Italia, del che non è a dubitare, soltanto al riflettere ai molti e ripetuti esempi che se ne ebbero in questi ultimi anni nelle nuove costruzioni di Roma, che a tante liti e decisioni giudiziali porsero occasione.

Bastano a me le precedenti considerazioni a pro della tesi che la proprietà superficiaria, distinta da quella del suolo, è possibile nell'odierno diritto italiano. Molti però credono di potere argomentare anche dall'art. 448 del Codice civile; reputano cioè che, dicendo questo articolo che qualsiasi costruzione od opera, sopra o sotto il suolo, si presume fatta dal proprietario a sue spese e appartenergli, finchè non consti del contrario, implicitamente ammetta che una costruzione possa appartenere ad altri che al proprietario del suolo.

A prima giunta questo ragionamento colpisce, ma, se ben lo si pondera, lo si scorge del tutto infondato.

Anzitutto non è facile opinare che il legislatore abbia voluto in modo implicito significare cosa, a cui da nessuna esplicita dichiarazione sua, altrove consegnata, si può argomentare che egli abbia mai veramente rivolto il suo pensiero, cosa che, come si è veduto sopra, si può soltanto desumere dalla virtualità di certe espresse disposizioni legislative, inscio e non consapevole il legislatore. Ma poi se si dovesse nelle suddette parole reputare implicita l'ammis-

sione della proprietà superficiaria, bisognerebbe anche dire che il legislatore dell'art. 448 ammetta questa proprietà soltanto se la costruzione sia stata fatta a spese del superficiario. Se cioè la presunzione dell'appartenenza della superficie al proprietario del suolo è inseparabile dalla presunzione della costruzione fatta a spese di questo, la realtà dell'apparenza della superficie ad un terzo non deve andar disgiunta dalla realtà della costruzione fatta a spese del terzo. O si vorrà distaccare, all'art. 448, la presunzione dell'appartenenza, dalla presunzione della costruzione fatta a spese del proprietario del suolo? Se ciò fosse possibile, sarebbe facile inferirne che la proprietà della costruzione in chi non è proprietario del suolo è una possibilità implicitamente ammessa dall'art. 448, ma appunto quel distacco non è possibile. La congiunzione *e* lo impedisce, perchè non può significare altro se non che l'appartenenza è un effetto dell'avere il proprietario del suolo costruito su questo a spese proprie. E così è veramente, perchè se la costruzione sia stata fatta a spese altrui, essa non appartiene al proprietario del suolo per virtù di questa proprietà, ma per virtù di questa del principio di accessione, cioè per virtù di legge (art. 450). Se il legislatore avesse voluto affermare in generale la presunzione della proprietà della costruzione nel proprietario del suolo, e con ciò ammettere implicitamente la possibilità di una distinta proprietà superficiaria in un terzo, non avrebbe preso occasione dalla presunzione della costruzione fatta dal proprietario del suolo, avrebbe enunciata quella prima presunzione di per sè, in un articolo o disposizione separata e di per sè stante; almeno nello stesso art. 448 avrebbe statuito la presunzione dell'appartenenza della costruzione al proprietario del suolo, prima della presunzione delle spese di costruzioni sopportate da esso proprietario. Imperrocchè doveva riflettere e avvertire anche il legislatore, che una proprietà superficiaria può tanto essere stata costruita dal proprietario del suolo, come da un terzo, nello stesso modo che la costruzione di un terzo può tanto appartenere al proprietario del suolo, come quella fatta da questo.

Bastano dunque a me le ragioni addotte più sopra della possibilità di una proprietà superficiaria in diritto italiano, prescindendo affatto dall'art. 448 del Codice civile.

Proprietà superficiaria, vado dicendo, e stimo necessario di subito aggiungere che, a mio avviso, questa proprietà trae però

seco, ed implica anche un *jus in re aliena*, cioè il diritto di appoggiare l'edificio proprio sul suolo altrui, il quale è vera e propria servitù. Di questo avviso è anche N. Coviello, e veramente a me pare che, non ponendo in sodo anche questo punto, non si possa dar ragione del diritto, pur generalmente riconosciuto al superficiario, di ricostituire l'edificio ove questo sia crollato.

Vengo ora al secondo punto che mi ero proposto di esaminare, all' acquisto cioè del diritto di superficie mediante costruzione di un edificio con materiali proprii sul fondo altrui.

Vi fu chi opinò bastare il solo fatto della costruzione dell' edificio, fatta da altrui a spese proprie, cioè con materiali proprii, perchè il costruttore acquisti la proprietà distinta dell' edificio. E così anche decisero la Cassazione di Roma, 2 luglio 1887 (*Legge*, 1888, I, 404), 5 giugno 1888 (*Foro it.*, 1888, I, 634), 16 luglio 1890 (*Giurisprudenza ital.*, 1891, I, 3, 15); la Corte di Venezia, 20 dicembre 1888 (*Ann. di giur.*, 1889, 3, 61), e 25 gennaio 1890 (*Temi veneta*, 1890, 53); la Corte di Ancona, 2 marzo 1889 (*Ann. di giur.*, 1889, 2, 420); la Corte d'Appello di Roma, 13 maggio 1890 (*Temi romana*, 1890, 179), 20 dicembre 1890 (*Foro it.*, 1891, 1, 404); la Cassazione di Firenze, 3 febbraio 1881 (*Ann. di giur.*, 1881, 1, 61).

Secondo questi giudicati il diritto italiano nell'art. 450 Cod. civ. avrebbe abbandonato la dottrina romana, *quod solo inaedificatur solo cedit*, cioè l'acquisto immediato per accessione dell'edificio da altri costruito. Sarebbe invece in diritto italiano proprietario il costruttore, e soltanto il proprietario del suolo avrebbe il diritto di far proprio l'edificio, pagandolo al costruttore quando non voglia che l' edifizio sia tolto; e questo sarebbe il vero significato dell'art. 450. Per questo articolo, cioè l' accessione dell' edificio, come delle piantagioni od opere, non accadrebbe già, come in diritto romano, *ipso jure*, ma dietro domanda del proprietario del suolo e, come disse la Cassazione romana nella sentenza del 1888, l'immobilizzazione delle costruzioni, fatte da altre per proprio conto, ossia l'acquisizione per accessione, allora si ha quando il proprietario vuole ritenere il suolo colla modificazione occasionale arrecata dal fatto altrui. Lo stesso aveva, fra gli altri, insegnato Demolombe, citato appunto da quella sentenza. Conseguentemente, secondo i detti giudicati, se il costruttore e proprietario dell'edificio acquista poi la proprietà dell'area sottostante, egli non fa che aggiungere una nuova proprietà a quella che aveva già, e se il

proprietario del suolo ha permesso la costruzione, non ha con ciò trasmesso la proprietà di questa, ma soltanto ha rinunciato al diritto di farla propria o di farla demolire. E con soli testimoni, o congetture e presunzioni, può provarsi l'acquisto della proprietà superficiaria, cioè la costruzione a spese del terzo, nè occorre maggiormente invocare l'art. 1314 rispetto alla rinunzia al diritto di accessione, poichè questo non è un diritto immobiliare (Cassazione Roma, 16 luglio 1890).

Tutte queste tesi, e la prima di esse circa il significato dell'art. 450, sono state suscitate da quella falsa interpretazione dell'art. 448, di cui io ho ragionato più sopra. E propriamente dall'avere voluto ravvisare in quell'articolo un implicito riconoscimento della proprietà superficiaria si inferì che basti costrurre, e provare la costruzione a spese proprie sul fondo altrui, per acquistare e che si è acquistata la proprietà della costruzione, come l'art. 448 si è creduto che faccia dipendere la presunzione della proprietà della costruzione nel proprietario del suolo dalla presunzione che questo abbia fatto la costruzione a sue spese. Io che ho dimostrato poc'anzi la assoluta vanità di siffatta interpretazione delle parole *si presume*, ecc. dell'art. 448, ho anche tolta la base principale dell'anzidetta dottrina circa l'acquisto della proprietà superficiaria per via di costruzione sul fondo altrui, e circa la prova di questo acquisto per parte del costruttore.

Siffatta dottrina è poi manifestamente contradditoria alle espresse disposizioni e al più natural senso di altri fondamentali articoli del Codice civile italiano, sicchè la si debba reputare una delle maggiori aberrazioni della patria giurisprudenza. Essa è anche oramai abbandonata dalla nostra giurisprudenza, perchè la ripudiarono la Cassazione di Napoli, 5 marzo 1885 (*Giurispr. it.*, 1885, 1, 1, 296), e la stessa Cassazione di Roma in ripetute sentenze, 10 aprile 1890 (*Ivi*, 1890, I, 3, 157), 25 giugno 1890 (*Legge*, 1890, II, 443), 10 novembre 1890 (*Ivi*, 1891, II, 361), 20 dicembre 1890 (*Foro it.*, 1891, 1, 348), 29 dicembre 1890 (*Ivi*, p. 404), 31 dicembre 1891 (*Giurispr. ital.*, 1892, I, 1, 205), 25 giugno 1892, quest'ultima a sezioni unite (*Foro it.*, 1892, 1, 1160), e inoltre la Corte d'Appello di Roma, 30 giugno 1887 (*Legge*, 1887, II, 124), e la Corte di Milano, 21 aprile 1891 (*Mon. dei trib.*, 1891, 637).

Tutti questi giudicati convengono nel ritenere che l'art. 448 del Codice civile non ha per nulla derogato al canone generale conse-

gnato nell' art. 446, il quale canone, applicato agli immobili, non è che la ripetizione della dottrina romana *quod solo inaedificatur solo cedit.* Il terzo costruttore a spese proprie sul suolo altrui costituisce il proprietario del suolo anche proprietario dell' edificio, e, se la costruzione è stata fatta col consenso del proprietario del suolo, e questo consenso si interpreti rinunzia al diritto di accessione, oppure questa rinunzia sia stata fatta espressamente e contemporaneamente dal consenziente proprietario del suolo, vi ha in ciò una vera e propria alienazione di un diritto immobiliare. Conseguentemente la prova della proprietà della costruzione nel costruttore non può essere la sola prova di questa costruzione, ma deve essere prova dell'acquisto immobiliare fatto in virtù del consenso o della rinuncia suddetta del proprietario del suolo, e deve essere prova fatta a termini dell'art. 1314.

Sola vera dottrina codesta, come è stato posto in chiaro anche dagli esimii professori N. Coviello e Segrè (ll. cc.), le cui ragioni io non posso qui far altro che ripetere.

L'art. 446 è la premessa dell'art. 450, e il Segrè dimostra ampiamente e validamente che non subisce eccezione nè deroga nessuna in tutto lo svolgimento che il Codice civile dà al diritto di accessione. Ne è tal deroga l'art. 452, nel quale, giustamente osserva il Segrè, è da riscontrarsi una vendita coatta della superficie al costruttore per decreto del giudice, vendita che non soltanto ha per oggetto l'edificio, ma anche il suolo. Se l'art. 450 impone al proprietario del suolo, che ritiene l'edificio da altri costruito, l'obbligo di un compenso al costruttore, codest'obbligo non implica affatto che il proprietario del suolo non fosse già proprietario dell'edificio, ma ha la sua ragione nell' equità, e la relativa azione è *di arricchimento*, dice il Segrè, *de in rem verso*, dice il Coviello. Non è del resto il vero e proprio prezzo della costruzione, osserva quest'ultimo, che il proprietario del suolo deve pagare al costruttore, come converrebbe se di vero e proprio acquisto si trattasse. Nè, aggiunge il medesimo, ha il costruttore facoltà di opporsi all'esercizio del diritto che l'art. 450 attribuisce al proprietario del suolo, come pur dovrebbe avere se proprietario egli fosse. E il Segrè osserva ancora giustamente che, se vera fosse la dottrina della proprietà del costruttore dell' edificio, che soltanto passi al proprietario del suolo, ove questi si valga della facoltà concessagli dall' art. 450, rimarrebbe in sospeso l' appartenenza

dell'edificio, fintantochè il proprietario del suolo si fosse dichiarato, nel quale intervallo di tempo l'edificio non potrebb' essere oggetto di nessuna contraddizione immobiliare.

Ed io aggiungo a tutti questi gravissimi argomenti, che davvero è cervellotica e bizzarra in sommo grado l'opinione che un così grande mutamento nella tradizionale dottrina del diritto immobiliare il legislatore italiano avesse fatto, senza dare menomamente a dividere codesta intenzione sua nè nel testo della legge, nè nei motivi di questa.

Se dunque un diritto di superficie si voglia costruire su di un edificio, già costruito od appartenente al proprietario del suolo, una vera e propria traslazione di proprietà immobiliare si intende fare, e questa non può essere valida, nè può essere provata, se non mediante l'atto scritto richiesto dall'art. 1314. Se invece l'edificio è stato costruito da un terzo *inscio e nolente* il proprietario del suolo, come questi è diventato proprietario *ipso jure* di ciò che fu costruito, e non appena lo fu, l'alienazione di esso edificio sia al costruttore, sia ad un altro terzo qualunque, è ancora una traslazione di proprietà immobiliare, alla cui validità e prova occorre del pari la forma scritta imposta dall'art. 1314. Ma se l'edificio è stato costruito dal terzo col consenso del proprietario del suolo, questo consenso quale oggetto giuridico produce?

Mentre per coloro i quali intendono l'art. 450 nello strano modo suddetto il consenso in quistione non è che una rinunzia al diritto di far valere il diritto di accessione, che per essi ha bisogno di domanda giudiziale, tale non può essere al certo l'opinione di chi quell' interpretazione dell' art. 450 non ammette. E prima ancora di ricercare che cosa debbano questi ultimi opinare che con quel consenso si trasmetta, accade qui di osservare che, dato pure fosse quel consenso una mera rinuncia al diritto di accessione, implicherebbe sempre traslazione di un vero e proprio diritto immobiliare, la qual traslazione dovrebbe sempre essere fatta per iscritto perchè valesse e provar si potesse. Imperocchè l'immaginario diritto di far diventare proprio l'edificio altrui sarebbe lo stesso diritto di proprietà del suolo, in quanto trae seco l'accessione dell'edificio, e quindi la rinuncia anticipata a questa accessione sarebbe rinuncia ad un elemento, virtuale bensì, della proprietà attuale del suolo, e quindi trasmissione di un diritto reale immobiliare.

Divise sono le opinioni circa l'indole e l'effetto giuridico del

consenso alla costruzione del terzo, tra i fautori dell'interpretazione, dirò così ortodossa, dell'art. 450.

Gli uni ravvisano in questo consenso una vera traslazione di proprietà immobiliare, cioè della proprietà dell'edificio. È questa l'opinione prevalente fra gli scrittori di quella scuola, e, per es., dei citati Coviello e Segrè, e dell'avv. Zerboglio (*Legge*, 1890, 1, 356). Dice il Coviello che, altrimenti, il titolo della proprietà del terzo costruttore sarebbe la costruzione stessa, e il Segrè afferma che il consenso alla costruzione del terzo non può avere altro effetto giuridico che di guarentire il terzo costruttore contro la domanda di demolizione. Altri, e sono di preferenza decisioni giudiziali, opinano invece che il consenso del proprietario del suolo alla costruzione del terzo, equivalendo a rinuncia al diritto di accessione, sia trasmissione non già di proprietà, cioè di proprietà dell'edificio, ma di un *diritto immobiliare*, trasmissione che non può essere valida e provata, se non è scritta, giusta il disposto dell'art. 1314. Tale è l'opinione ripetutamente seguìta dalla Cassazione di Roma nelle citate decisioni 29 dicembre 1890, 31 dicembre 1891, 25 giugno 1892.

Quale delle due opinioni è da preferirsi?

A mio avviso la seconda, l'opinione della Cassazione romana. A me pare che, data l'intenzione e l'espresso obbligo del proprietario del suolo di non esercitare il diritto di accessione sull'edificio da costruirsi e non ancora costruito, non si possa nel relativo contratto ravvisare una traslazione di proprietà immobiliare. Sarebbe questa alienazione dell'edificio; ma come si può alienare ciò che ancora non esiste? Si dice che l'edificio, non appena costruito, è proprietà del proprietario del suolo, ma appunto ciò non si può comprendere che rispetto all'edificio costruito all'insaputa di quel proprietario, non mai rispetto all'edificio da costruirsi alla condizione appunto che al proprietario del suolo non debba appartenere. Che nessuna volontà umana possa valere ad impedire che la costruzione fatta da un terzo, inscio il proprietario del suolo, sia proprietà di questo, si capisce, ma che di qui venga *dovere* il proprietario del suolo acquistare quella proprietà, benchè nell'atto stesso in cui la minima parte della costruzione è fatta, o prima che neppure la si intraprenda, egli abbia dichiarato di non volerlo, non lo si capisce davvero. L'art. 450 è scritto a vantaggio del proprietario del suolo, non contro di questo; fare acquistare a ta-

luno *ope legis* ciò che questi non vuole, nè l' art. 450 può avere inteso, nè può essere savio proposito, e neppure potere di nessuna legge. Non aver riguardo alla previa rinuncia all' accessione dell'edificio costruendo, costringere non ostante il proprietario del suolo rinunziante, a considerarsi proprietario dell'edificio costruito, e a fare un nuovo atto di vera e propria alienazione, parmi irragionevole cosa, poichè non è nè omaggio alla legge, nè vantaggio di nessuno, è una vera e inutile commedia.

Non la proprietà dell' edificio costruendo, per quando sarà costruito, aliena il proprietario del suolo che dà previo consenso alla altrui costruzione sul suolo proprio, cioè previamente rinunzia al diritto di accessione dell'edificio costruendo, per quando sarà costruito. Ciò che egli propriamente e attualmente aliena con tale consenso e rinunzia, è la libertà del suolo, è il diritto di appoggiare sul suolo proprio l'edificio costruendo dal terzo. Non è propriamente la proprietà dello spazio sovrastante al suolo che quel contratto aliena, come ha pur pensato il Coviello (l. c.); imperocchè l'occupazione dello spazio sovrastante al suolo non è per sè stessa occupazione anche del suolo, cioè diritto di appoggiare qualcosa sul suolo, mentre il diritto a codesto appoggio, a codesta occupazione, trae seco anche l'occupazione dello spazio aereo in cui sta la casa, la costruzione, o l'edificio, che sul suolo si appoggia. Richiamo qui ciò che notai sopra, e che altri pure ammisero, fra i quali lo stesso Coviello: essere bensì proprietà il *gius* di superficie, ma proprietà inseparabile da un diritto sul suolo altrui, dal diritto cioè di appoggiare sul suolo e nel suolo la superficie, oggetto di proprietà. Il qual diritto *in re aliena* è per me una vera servitù.

Tale è, a mio avviso, il diritto che il proprietario del suolo rinunciante previamente all'accessione di un edificio da costruirsi da un terzo, trasferisce a questo terzo. Tali devono certamente averlo inteso le decisioni della Cassazione romana succitate, benchè in proposito esse non si dichiarino abbastanza. Ed esso è certamente un diritto immobiliare, come quelle decisioni lo chiamano. È dunque una vera traslazione di diritto immobiliare il consenso, la rinuncia in questione e, come tale, non è valida, nè può essere provata, se non in forma scritta, in virtù dell'art. 1314.

Dei “ jura vicinitatis „.

(A proposito di due sentenze delle Sezioni unite della Corte di Cassazione di Roma).

La Cassazione di Roma, a Sezioni unite, in due decisioni, l’una del 23 agosto 1892 (*Giur. it.*, 1892, 1, 1151), l’altra del 19 dicembre 1893 (*Ib.*, 1894, 1, 202), pone tre tesi, che sono altrettanti sicuri canoni giuridici: 1° chi reca danno alla proprietà del vicino coll’impianto di un opificio, deve risarcirlo; 2° quest’obbligo di risarcimento non cessa perchè l’opificio sia stato autorizzato dalla competente autorità amministrativa; 3° l’autorità giudiziaria non può, oltre al risarcimento, imporre anche la chiusura di un opificio a chi dalla competente autorità amministrativa sia stato autorizzato ad impiantarlo ed esercitarlo.

Ad 1°. I riguardi di buon vicinato sono ormai riconosciuti dalla giurisprudenza nostra e dalla francese come limitativi del diritto di proprietà, non ostante che di essi non si faccia menzione nell’art. 436 del Cod. civ. it. e non ostante che si tratti di casi non contemplati nell’art. 574 del medesimo codice. Codesta giurisprudenza francese e italiana ebbe il suo impulso dalla celebre l. Aristo, 8, § 5, D., *si servit. vindic.*, nella quale si tratta di *immissione* di fumo nella casa del vicino; ragione per cui soglionsi, spesso impropriamente, chiamare *immissioni* tutti quanti i danni recati da un vicino ad un altro, facendo pur egli un uso legittimo della sua proprietà. È una giurisprudenza, che viene in sostanza

in taluni casi a convertire in diritti, in veri *jura vicinitatis*, i detti riguardi, e che, rispetto al diritto italiano, ammette che l'art. 574 del Codice civile non sia disposizione *tassativa*, ma possa applicarsi analogicamente, e *trahi ad consequentias* (1). Ma è giurisprudenza che naviga davvero fra gli scogli, benchè non abbia ragione di perirvi.

Si tratta infatti di imputare al vicino un danno recato alla cosa nostra, non intraprendendo egli nulla direttamente su di questa, anzi agendo egli esclusivamente sulla cosa propria, esercitando diritti suoi dentro la sfera giuridica sua. Ora *nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur* (l. 55, D. *de Reg. iur.*), e *nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus non habet* (l. 155, D. *eodem*). Come mai ci può essere responsabilità di danno recato senza dolo e senza colpa, di danno assolutamente *incolpevole*? L'art. 1151 del Codice civile statuisce che il danno deve essere risarcito da colui *per colpa* del quale è *avvenuto*! Codeste difficoltà bisogna pur superare onde soddisfare in pari tempo alle esigenze della equità e a quelle del diritto, e, a mio avviso, non è possibile riuscirvi, se non volgendo il pensiero alla natura del diritto di proprietà, anzichè al concetto del danno.

La proprietà, anzi ogni diritto, si intende dato e riconosciuto dalla legge all'individuo allo scopo di rendere possibile la sociale convivenza, e non già per renderla impossibile. Non è quindi ammissibile che nessuno possa far uso del proprio diritto di proprietà, in modo da impedire il contemporaneo esercizio del diritto medesimo per parte del vicino. E se taluni modi di esercitare la proprietà, incompatibili con quella fondamentale esigenza sociale, non sono dalla legge preveduti e vietati, non per questo essi possono ritenersi leciti. Tutt'altro; essi devono ritenersi illeciti in virtù dell'essenza stessa della proprietà e di qualunque diritto, che, come si è detto, è mezzo e condizione, non ostacolo, alla pacifica coesistenza degli uomini. Le limitazioni al libero uso della pro-

---

(1) Ciò avverte pure, e con buoni ragioni propugna il dott. E. Ancona nel suo lavoro *Degli atti ad emulazione* (*Arch. Giur.*, volume 52). Concordano Cassazione Torino 18 aprile 1893 (*Giur. it.*, 1893, 616), e Corte d'appello di Milano, 22 marzo 1892 (*Mon. d. Trib.*, 1892, 401).

prietà, già riconosciute dalla legge, anzichè escludere, sono un argomento per aggiungervi tutte le altre che si possano fondatamente giustificare nello stesso modo di quelle. Lo stesso art. 3 Tit. Prel. Cod. civ. autorizza il giudice a decidere per via di *analogia* casi non espressamente contemplati dalla legge.

Ma il determinare in concreto i casi e i modi nei quali un dato uso della proprietà, non vietato dalla legge, sia pur nondimeno a reputarsi illecito, e causa di danno da risarcirsi, quantunque incolpevole, è difficile e delicata materia. *Scientia factorum infinita est*, e quindi si capisce che norme pratiche, alquanto generali, in proposito non si possano stabilire. Se la vicinanza impone il dovere di non rendere impossibile ad altrui l'esercizio della proprietà sua, essa non impone meno il dovere di tolleranza di semplici incomodi (1). E questa tolleranza assume altresì molte volte l'aspetto di un dovere verso la società intiera, a cui ridonda vantaggio da private industrie che tornino moleste ai vicini. Certamente la buona amministrazione della giustizia in questa parte dipende essenzialmente dal senno dei giudici, che sappiano contemperare quei molteplici riguardi, a cui il diritto per sua natura risponde: compatibilità del diritto dell'uno con quello degli altri, doverosa tolleranza di incomodi fra vicini, sociale interesse al più ampio e libero svolgimento dell'umana attività e dell'industria. E questo è tutto ciò che di più generale si può dire intorno all'argomento.

La Cassazione romana, nella ricordata sua decisione 23 agosto 1892, insegna sapientemente che un semplice *incommodo* non basta a fondare azione di risarcimento contro il proprietario vicino, che lo ha causato coll'uso del diritto suo. Ma anche questa norma, per sè plausibilissima, in astratto considerata, può talvolta nella pratica riuscire insufficiente e meno giusta; onde, p. es., la Corte di Bruxelles, 10 marzo 1851, e la Corte di Liegi, 30 novembre 1857, ritennero che il soverchio calore esalato da una fabbrica possa dare ai vicini diritto a risarcimento. Nel caso speciale poi del danno dato per soverchio rumore e scossa del terreno da un opificio vicino, la giurisprudenza nostra è stata preceduta dalla Corte

---

(1) Disse bene la Cassazione di Parigi in una sentenza 20 febbraio 1849: *il suffit que le préjudice excède les obligations ordinaires du voisinage.*

di Douai, 10 gennaio 1843. Parmi poi che abbia ragione il LANGLOIS (*Des ateliers dangereux, insalubres, incommodes*), affermando che in generale la tolleranza di vicinato verso gli opifici e le officine industriali deve essere maggiore che non tra privati ordinari, atteso il pubblico interesse che vi si collega. E parmi che a questo criterio siansi inspirate, fra le altre, la Corte d'Appello di Torino, 27 febbraio 1851, che non ammise risarcimento pel rumore fatto da un vicino battiloro, e la Cassazione di Torino, 2 luglio 1861, che non lo ammise pel rumore di un maniscalco.

Un'altro canone generale, ma meno generale del precedente, è quello che non si possono ammettere fra vicini atti di mera emulazione a solo scopo di danno altrui intrapresi. Canone ricevuto e pacifico anch'esso nella giurisprudenza nostra, benchè oggi la maggior parte dei giuristi odierni lo combatta, nella generalità sua, non meno in diritto romano, che in diritto civile italiano. Sul qual proposito non è questo per me il luogo di diffondermi (1). E giustamente la Cassazione di Torino, con sentenza 29 ottobre 1898 (*Mon. Trib.*, 1898, p. 297), negò diritto a risarcimento pel rumore cagionato da una trebbiatrice situata in un vicino edifizio, perchè e finchè sopportabile da persone sane. Ma anche giustamente sentenziò la Cassazione di Firenze il 12 aprile 1904 (*Giur. it.*, 1894, 1, 1, 561), che il danno recato a un edifizio dal rumore di una industria vicina non è compensato da eventuale vantaggio di altra natura, che quello edificio abbia risentito dalla costruzione del vicino stabilimento industriale.

È pure un canone direttivo della giurisprudenza pratica del danno *incolpevole* fra vicini, quello che il danno possa tanto consistere in una vera *deminutio* materiale della cosa altrui, quanto in un semplice deprezzamento. Anche rispetto a quest'ultimo danno si hanno moltissimi responsi condannatori a risarcimento, tanto in Francia che in Italia. Richiamiamo, fra le altre sentenze italiane, una della Corte d'appello di Lucca, 28 novembre 1866 (*Ann. d. Giur.*, 1877, 2, 66), che ammise doversi risarcimento ai proprietari dei piani superiori di una casa, il cui piano inferiore era stato destinato all'ispezione sanitaria delle prostitute, e una sentenza della

---

(1) Veggasi ANCONA, op. cit.

Corte d'appello di Milano, 30 luglio 1894 (*Mon. d. Trib.*, 1894, 759), che accordò risarcimento ai proprietari contigui ad una casa che era stata addetta al meretricio.

Ad II. Non mi pare si possa dare più certa applicazione dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo, di quella fatta dalle Sezioni unite della Cassazione di Roma. Se infatti questo articolo limita la competenza dell'autorità giudiziaria a conoscere dell'*effetto* dell'atto amministrativo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, è appunto un effetto dell'autorizzazione di un opificio il danno che questo reca al vicino, e che il vicino non può impedire. Nè si può dire che sia questo effetto in pari tempo l'oggetto proprio dell'autorizzazione amministrativa, perchè questa non ebbe certamente di mira il danno di nessuno, ma rese soltanto possibile questo danno, togliendo al danneggiato la possibilità di rimuoverne la causa.

La stessa dottrina è seguìta in Francia da Laurent, Larombière, Demolombe, e in Italia da Ricci (vol. II, § 429), Giorgi (vol. V, § 422) e Saredo. E anche la giurisprudenza francese e belga ebbero più volte a seguirla; veggansi, per esempio: Cassazione di Parigi, 19 luglio 1826, 3 maggio 1827, 23 maggio 1831, 17 luglio 1845, 27 giugno 1845, 28 febbraio 1848, 20 febbraio 1849; Corte di Bruxellès, 8 marzo 1828, 10 dicembre 1828, 20 giugno 1831; Corte di Gand, 9 dicembre 1863; Cassazione di Bruxelles, 22 dicembre 1864.

Che se le cautele e le distanze da osservarsi nella costruzione di un opificio, pericoloso ai vicini, fossero state stabilite dall'autorità giudiziaria nei casi contemplati dall'art. 574 del Cod. civ., non è dubbio che anche in questo caso la stessa sarebbe competente a conoscere dei danni che di fatto i vicini ne avessero risentito. Ciò ebbero a dichiarare: Cassazione di Napoli, 9 maggio 1878, 15 marzo 1883; Cassazione di Torino, 21 dicembre 1881; Corte di Brescia, 3 maggio 1869; Corte di Milano, 26 luglio 1875.

Ad III. Che l'autorità giudiziaria non possa, per titolo di pericolo di danno ai vicini, ordinare la chiusura di un opificio o di una industria autorizzata dalla competente autorità amministrativa, non è a dubitarsi, poichè questa sarebbe una rivocazione di atto amministrativo, espressamente divietata dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865. Lo stesso fu sempre ammesso in Francia rispetto agli stabilimenti autorizzati dall'autorità amministrativa, a sensi

del Decreto Imperiale 15 ottobre 1810. Ma se conflitto coll'autorità amministrativa non v'ha, l'autorità giudiziaria può benissimo ordinare la chiusura di un opificio, che essa reputi dannoso ai vicini o per ragioni di igiene o per soverchia incomodità. Lo riconobbe la Cassazione di Roma, nella ricordata sentenza a Sezioni unite, 19 dicembre 1893.

Si domanda se il giudice possa ordinare nuovi provvedimenti, onde assicurare la proprietà dai pericoli di un vicino opificio, oltre a quelli statuiti dall'autorità amministrativa. In Francia, taluni, come Laurent, tengono l'affermativa rispetto soltanto agli stabilimenti industriali non sottoposti ad autorizzazione amministrativa; ma la Cassazione di Parigi, con decisione 28 dicembre 1858, ritenne l'affermativa anche rispetto agli stabilimenti autorizzati, purchè i nuovi provvedimenti ordinati dall'autorità giudiziaria non contraddicano a quelli ordinati dall'autorità amministrativa. In Italia, dove autorizzazione non è voluta dalla legge, se non per gli impianti industriali contemplati dall'art. 574 del Cod. civ., la quistione non è proponibile che in una ipotesi. Nell'ipotesi cioè che provvedimenti siano stati ordinati dall'autorità amministrativa, dietro domanda degli interessati, nei casi ed a sensi dell'art. 126, n. 6 della legge comunale e provinciale, 11 maggio 1889, e degli articoli 32-34 della legge di pubblica sicurezza 30 giugno 1889. Se le autorità amministrative, designate in questi articoli, hanno emanato provvedimenti, e non è più possibile ricorso a superiori autorità contro i medesimi, potrà il giudice aggiungere nuovi provvedimenti a quelli dimostrati inefficaci? Io credo di sì. Non è nuovo infatti in diritto italiano, che l'autorità giudiziaria emani provvedimenti tecnici per nuovi impianti industriali, poichè ve l'autorizza espressamente l'art. 574 del Cod. civ., nei casi contemplati da questo. L'autorità giudiziaria, limitandosi ad aggiungere provvedimenti nuovi a quelli ordinati dall'autorità amministrativa, non si può dire che invada il campo di quest'autorità, anzichè rimanere nel proprio, attesochè non intende essa con ciò di arrogarsi la facoltà, essenzialmente amministrativa, di ordinare la chiusura del nuovo opificio in caso di contravvenzione ai suoi ordini. In questo caso vi ha luogo soltanto a responsabilità di danni e interessi, e propriamente il nuovo provvedimento, ordinato dall'autorità giudiziaria, viene ad

assumere l'aspetto di mera condizione onde sfuggire a cotesta responsabilità (1).

A completare e vieppiù chiarire l'argomento dei *jura vicinitatis* porgemi occasione una recente sentenza della Corte d'appello di Messina, 28 febbraio 1907 (*Temi Siciliana*, vol. V, p. 7), che non sia responsabile di danno verso i proprietari contigui chi abbandona la propria casa, di guisa che questa sia diventata facile ricovero di malviventi. Codesta sentenza viene ingegnosamente criticata nella *Temi siciliana* dall'avv. G. CARBONE (*Ib.*), e questi porta la questione sul punto della qualità che deve avere il danno recato da un proprietario ai vicini nel governo che egli fa della casa propria. Egli si domanda cioè se il danno debba provenire da fatti positivi, o se possa anche da fatti negativi provenire, p. es., appunto dall'abbandono della casa propria col funesto effetto suddetto.

Io pure sono dell'avviso del Carbone, che il malgoverno della proprietà, dannoso ai proprietari vicini, può tanto consistere in atti positivi, quanto in atti negativi. E, di vero egli, p. es., è indifferente che il fumo provenga dalla casa del vicino nella mia, perchè egli lo abbia incamminato a bella posta in questa direzione, o perchè egli non abbia riparato i condotti del fumo, che prenderebbero un'altra direzione. Ora, a mio avviso, la quistione cui può dar luogo la detta sentenza di Messina, non è già se il proprietario vicino sia responsabile del danno che dall'uso che egli fa della proprietà sua viene alla mia, per ciò che egli non fa, e non soltanto per ciò che fa, ma piuttosto la quistione se la responsabilità del vicino provenga non solamente dal danno effettivo, ma anche dal solo pericolo di danno, che alla proprietà mia provenga dall'uso che egli fa della sua. Imperocchè il potere una casa abbandonata diventare ricovero di malviventi, o anche l'esserlo diventata di fatto, non è conseguenza necessaria dell'abbandono, ma una mera eventualità, di cui l'abbandono non offre che la possibilità o il pericolo. E a tal questione io non posso rispondere come l'eg°. avv. Car-

---

(1) Pregevoli osservazioni intorno ai limiti della libertà del proprietario nell'interesse dei vicini, leggonsi anche nell'opuscolo di E. BALLERINI, *Principii direttivi per risolvere i conflitti di ordine privato e pubblico nell'esercizio della proprietà*. Napoli, 1896 (pag. 10-27).

bone; per me cioè il solo pericolo che l'uso fatto da un proprietario vicino dello stabile suo rechi danno allo stabile mio non fonda in me diritto a risarcimento. E mi persuado di ciò al pensare che quando da un edificio provenga pericolo di danno a un edificio vicino, il proprietario di questo, in virtù dell'art. 699, può soltanto invocare dal giudice provvedimenti assicurativi, ma non ha il diritto a risarcimento. Nel caso deciso dalla Corte di Messina i proprietari contigui potevano unicamente rivolgersi alla autorità di polizia o all'autorità comunale, per conseguire i provvedimenti necessari a togliere il lamentato pericolo.

Della continuità delle trascrizioni.

Già nel mio volume di *Quistioni di diritto civile,* pubblicato nel 1882 (Torino, presso Chiantore e Mascarelli), io ebbi a trattare la grave questione, se la trascrizione debba essere continua, se cioè la priorità in tempo, onde far prevalere una trascrizione ad un'altra, supponga o no che le trascrizioni confligenti mettano capo, per via di una serie non interrotta di trascrizioni intermedie, a un autore comune, prossimo o remoto. Ed io ho fin d'allora propugnato la tesi che la continuità delle trascrizioni non sia punto necessaria, cioè che una trascrizione posteriore non debba prevalere ad una anteriore, pel motivo che l'autore di quella non potesse dal registro delle trascrizioni rilevare che una trascrizione anteriore ci fosse, attesa la mancanza di qualche trascrizione intermedia fra questa e la sua. La stessa tesi io ebbi a propugnare anche dopo in varie occasioni (v. *Foro it.,* 1883, v. p. 1090, i. n., e 1885, p. 802, i. n. e *Giur. It.*, 1894, 1, 2, 725, i. n.), ma debbo riconoscere che ormai essa ha più contradditori in Italia che fautori, sia nel foro, sia nella scienza.

Sono del mio avviso, in Italia: Cesano (*Della trascr.*, p. 46, n. 1), Pacifici-Mazzoni (*Istit.*, 3ª ed., vol. II, n. 156), Chironi (*Riv. crit. di scienze giur. e soc.*, I, 11); in Francia: Flandin (*De la transcr.*, vol. 2, 887-892), Rivière et Uguet (*Questions sur la transcr.*, n. 212), Pont (*Priv. et hypot.*, n. 265, 1292). — E nella giurisprudenza nostra stanno per la non necessaria continuità della trascrizione: Corte d'appello di Casale, 3 febbraio 1872, e 23 novembre 1880 (*Legge*, 1872, 176, 1881, 561); Corte d'appello di Brescia,

26 dicembre 1877 (*Ivi*, 1878, 63); Corte d'appello di Firenze, 18 dicembre 1875 (*Ann. di giur.*, 1876, 3, 91) e 24 luglio 1894 (*Giur. it.*, 1894, 1, 725); Cassazione di Palermo, 16 settembre 1884 (*For. it.*, 1885, 799).

Sono invece per la continuità delle trascrizioni: LUZZATTI (*Della trascr.*, 2ª ed., vol. II, n. 160-172, e 3ª ed., Torino, 1898, n. 172 e segg., e 464 e segg.), VITA-LEVI (*Giur. it.*, XXXII, P. IV, p. 14), SCHIAVI (*Disp. teor. prat.*, Portoferraio, 1876, p. 514), il testè defunto e da tutti compianto prof. FERDINANDO BIANCHI (*Una quest. fondam. in tema di trascr.*, Bologna, 1883), BERTOLINI (*Foro it.*, 1885, p. 698, i. n.), MARCHESINI (citato da F. Bianchi), MIRABELLI (*Arch. giur.*, XXXVII, fasc. 2). E tra gli scrittori francesi sono dello stesso avviso: TROPLONG (*De la transcr.*, n. 166 e seguenti), MOURLON (*Traité de la transcr.*, n. 447-450), GIDE (citato da F. Bianchi, *ivi*), FONS (id., *ivi*), LESENNE (id., *ivi*), AUBRY e RAU, *Cours d. dir. civ.*, II, p. 209, n. 88), DEMOLOMBE (vol. XXIV, n. 456), LAURENT (vol. XXIX, n. 182). — E nella giurisprudenza nostra stanno per la continuità delle trascrizioni: Cass. di Firenze, 9 giugno 1874 (*Giur. it.*, 1874, 1, 801); Cass. di Napoli, 8 agosto 1879 (*Foro. it.*, 1879, 1, 1057) e 5 giugno 1884 (*Mon. dei Trib.*, 1884, 1080); Cass. di Torino, 2 luglio 1880 (*Giur. it.*, 1880, 909); Corte d'appello di Torino, 7 giugno 1878 (*Ib.*, II, 43); Cass. di Roma, 9 gennaio 1883 (*Foro it.*, 1883, 1089); Corte d'appello di Cagliari, 24 gennaio 1882 (*Ib.*, 1882, 540); Corte d'appello di Venezia, 7 luglio 1885 (*Ib.*, 1885, II, 698); Corte d'appello di Milano, 11 febbraio 1902 (*Foro it.*, 1902, 1, 1338); Cass. di Torino, 27 giugno 1903 (*Mon. Trib.*, p. 409).

Ad onta quindi della prevalente giurisprudenza a favore della continuità delle trascrizioni, non cessa la questione di essere una delle più vessate nella italiana giurisprudenza. E ciò essendo, ad ogni giureconsulto, che una volta ebbe a propugnare una delle due opposte tesi, corre obbligo di ritornare di quando in quando sulla quistione, per vedere se questa abbia fatto qualche passo, e, in questo caso, o ribattere i nuovi argomenti degli avversari, o riconoscere il proprio errore, oppure, se egli invece trovi che nulla si è aggiunto di nuovo e di concludente, nè da una parte nè dall'altra, porre in chiaro anche soltanto codesto fatto, e in pari tempo adoperare a mettere in maggior luce gli argomenti propri, che gli paiano esser stati non ben compresi o non abbastanza apprez-

zati. Ed io mi trovo appunto in quest'ultimo caso. Che più diffusamente di ogni altro io abbia trattato quella questione in Italia, a tutti è noto, ma anche io sono convinto che le ragioni da me addotte a sostegno della mia tesi non sono state vinte, finora, nè indebolite per nulla.

In sostanza, le obbiezioni che si possono fare, e che io ho ripetutamente svolto, contro la tesi della necessaria continuità delle trascrizioni, sono tre: I) questa tesi viene a rappresentare la trascrizione come essa non è a giudizio unanime di tutti i giuristi ed economisti, che fin qui ne ragionarono; II) è una tesi che contraddice ai principii del diritto civile italiano in materia di acquisti immobiliari; III) è una tesi mancante affatto di appoggio nelle disposizioni del Codice civile italiano intorno alla trascrizione, ed anzi è contraddicente, in manifesto modo e in pari tempo, allo spirito che presiede a quelle disposizioni e al testuale contenuto di più d'una frase di esse.

Ad I. Come si rappresentano l'ufficio della trascrizione i fautori della continuità in questione?

Lo dice con appropriata espressione il più operoso fra questi giureconsulti, il LUZZATTI: la trascrizione ha per ufficio di esporre e conservare la *genealogia della proprietà* (*l. c.*); e questo è in fondo il pensiero di tutti i miei avversari, ma questo è appunto, a mio credere, un concetto inesatto, che non può quindi adoperarsi come una premessa, senza che le conseguenze ne risultino erronee.

Imperocchè, per avere una genealogia completa della proprietà immobiliare, occorrerebbe anzitutto che anche le successioni ereditarie si potessero trascrivere, il che non è. Ma, prescindendo anche da questa circostanza, ciò che maggiormente impedisce di reputare esatto quel concetto di *genealogia* della proprietà immobiliare mediante la trascrizione, è lo scambio che in esso vi si fa tra genealogia *possibile*, e genealogia *immancabile* per virtù del nostro diritto positivo. Che la *genealogia* si avrebbe, comunque imperfetta, se ogni acquirente rispondesse al voto del legislatore, e il suo medesimo interesse bene interpretasse, trascrivendo, non c'è dubbio. E non vi ha dubbio neppure che il nostro legislatore, introducendo la trascrizione, mirò a quello, sperò quello, si aspettò quello, ma era ed è appunto quella una mera *possibilità*, non un risultato che il legislatore avesse ragione di rappresentarsi come

certo o immancabile. Ciò perchè? Per la semplice ragione che la trascrizione non è obbligatoria, ma facoltativa. E non è stata resa obbligatoria, perchè altrimenti sarebbe stato mestieri abbandonare il principio della trasmissione della proprietà per semplice consenso, la quale cosa ognuno sa per quali e quanti gravi motivi non s'è fatta nel 1866, e non si è potuta fare fino ad oggi.

Si risponde qui che, se manca l'obbligo espresso, o l'ingiunzione legale di trascrivere, vi ha nondimeno necessità legale per chi voglia fruire dei benefici effetti della trascrizione. Ma questo argomento è un vago discorso, e, se il fondamento che sembra avere, venga precisato, svanisce. Imperocchè i benefici effetti della trascrizione si risolvono negli evitati effetti malefici della trascrizione mancata, ma questi sono per loro natura eventuali, nè facili a verificarsi. *A* non ha trascritto il suo acquisto, e potrà averne danno *B*, il quale abbia acquistato e trascritto in confronto di lui, se più tardi apparisce un *C*, il quale, prima di *B*, ha trascritto sul medesimo stabile un diritto acquistato in confronto dell'autore di *A*. Ma tutto ciò non può accadere facilmente, perchè non è appunto facile che si acquistino diritti immobiliari senza indagare anzitutto, se chi li aliena sia proprietario dell'immobile, se e quali oneri o vincoli affettino la sua proprietà, e che, anche in difetto di trascrizione, non si arrivi a conoscere o sospettare la verità su quel proposito per altre vie, e sopratutto, quanto alla proprietà, per via dei registri censuarii assistiti da presunzione di verità. Se quindi in alcuni casi i benefici effetti della trascrizione possono mancare, la infrequenza di essi basta a conservare alla trascrizione nella generalità dei casi i suoi effetti benefici, quantunque la continuità sua non sia necessaria per legge, ma possa aversi soltanto in virtù della prudenza degli acquirenti.

È dunque veramente nel nostro diritto positivo la *genealogia* della proprietà immobiliare, per via di trascrizioni continue, una mera possibilità, non un immancabile risultato, e non si può quindi ragionevolmente attribuire un diverso concetto, una diversa aspettativa al legislatore italiano. Avrebbe questi bensì potuto rendere immancabile quel risultato, e il mezzo sarebbe stato di fare della trascrizione una condizione *sine qua non* della validità degli acquisti immobiliari, ma a questo mezzo egli non ha potuto, e non ha avuto il coraggio di appigliarsi per ragioni a tutti note. Il legislatore italiano si è invece accontentato di fornire un mezzo di più, oltre

agli altri esistenti, onde rendere pubblica e sicura la cognizione dei diritti immobiliari, di aggiungere cioè i registri della trascrizione ai libri censuarii e ai registri delle ipoteche, aumentando così la *probabilità* della pienezza ed esattezza di quella nozione ad ogni istante, ma senza illudersi di avere assicurato in ogni caso codesta piena ed esatta cognizione. Realmente la pubblicità immobiliare in Italia risulta dal concorso di tutti quei libri, il valore pratico di ciascuno dei quali per conseguenza, e p. es. del registro delle trascrizioni, è veramente *incivile* il volere isolatamente considerare, e, così considerandolo, esagerare, attribuendo ad un singolo mezzo di pubblicità effetti che il legislatore non si aspettò, nè poteva aspettarsi, benchè non pieni, nè assolutamente immancabili, se non dal concorso di parecchi.

Conseguentemente, l'argomento in favore della continuità delle trascrizioni, desunto dall'asserito intento della trascrizione, di offrire la *genealogia* della proprietà immobiliare, si risolve in una vana supposizione e in una petizione di principio. E non è proprio vero che la contraria tesi sia, come dice il LUZZATTI (*l. c.*), un *mancare al pensiero del legislatore*, nè tampoco, un fare, come egli pur dice, della trascrizione una *formalità senza nome*, *senza scopo*, *senza utilità*. A qualcuno giova sempre la trascrizione, quand'anche interrotta; ne crescerebbe, è vero, la utilità, e completa sarebbe, se *continua fosse*, e propriamente, in questa ipotesi, ella gioverebbe a tutti, nel senso che nessuno correrebbe pericolo di essere sorpreso da alienazioni o da oneri immobiliari ignorati e inaspettati. Ma codesta preventiva efficacia, e completa utilità della trascrizione, se il legislatore avesse voluto, sarebbesi appigliato ad un mezzo meno incerto e più adeguato di quello che non sia la prudenza individuale, che talvolta vien meno per virtù di soverchia buona fede e di imperizia d'affari. Volle invece il legislatore fidarsi alla sola prudenza individuale, e dovette quindi in pari tempo ammettere la possibilità che, per virtù di una sola trascrizione omessa per imprudenza, venissero a formarsi due genealogie di acquisti immobiliari, distinte, e contraddittorie fra loro. Or può egli credersi che, questa eventualità prevedendo e permettendo, il legislatore abbia in pari tempo voluto sagrificare una di quelle genealogie, o serie di acquisti, all'altra, senza riguardo all'anteriorità, delle trascrizioni? No, certamente; se il legislatore ha permesso che *di fatto* le trascrizioni potessero essere interrotte, perchè non fece

della trascrizione una condizione della validità degli acquisti immobiliari, giocoforza è ammettere che egli non intese in pari tempo sacrificare una trascrizione anteriore ad una posteriore, per il solo motivo del difetto di continuità fra le due.

Sembrami qui opportuno richiamare le note e insistenti proposte, nel Parlamento italiano e nella scienza, di un *catasto probatorio*. A che questa proposta, se noi avessimo già, per mezzo della trascrizione, provata e continua la *genealogia* della proprietà immobiliare? È invece la critica della trascrizione uno dei più solidi argomenti a favore di quella proposta, e la più recente esposizione di questa critica è stata fatta dal LUZZATTI medesimo nella bella sua Relazione parlamentare intorno a quella proposta (Legisl. XVIII, n. 365 A). Egli ha detto ottimamente: " l'ordinamento del sistema di trascrizione in tutti i paesi in cui è in vigore, può essere riassunto nelle seguenti proposizioni: *trascrive chi vuole; — oppone la mancanza della trascrizione chi vuole; — non è necessario che un diritto sopra un immobile sia reso pubblico per essere considerato esistente ed efficace, e dar origine a trasmissioni pur mancanti di pubblicità e tuttavia efficaci* " (*Ivi*, p. 35); e più sotto egli ha pur giustamente osservato che " nel sistema della trascrizione *la prova rassicurante del diritto di proprietà non può essere data se non dal possesso legittimo trentennario* " (*Ivi*, p. 37). Certamente, quando così scriveva, il LUZZATTI non ripensava alla sua tesi della continuità delle trascrizioni, perchè, data codesta premessa, il *trascrive chi vuole* si risolverebbe nel dire trascrive chi vuol fare un acquisto efficace per sè medesimo e per i suoi aventi causa, e, come questo volere si dovrebbe supporre almeno così generale come la cognizione della legge, di una differente volontà non vi sarebbe luogo a parlare. Se non ostante egli si fa codesto obbietto, ciò non può altro significare se non che il non voler trascrivere è un fatto giuridicamente possibile, e avente giuridico effetto, il quale non può in altro consistere se non in ciò che la trascrizione anteriore prevale a quella posteriore, tanto se i trascriventi in conflitto abbiano un autore comune, quanto se uno di essi metta capo, senza interruzione, ad un autore più remoto, a cui l'altro non risalga del pari per una non interrotta catena di trascrizioni intermedie.

Ad II. Se il legislatore italiano avesse inteso che nelle trascrizioni la continuità prevalga alla priorità, avrebbe con ciò co-

stituito in una condizione giuridica inferiore i trascritti acquisti da autori non trascritti, in confronto di quelli trascritti da autori trascritti del pari. Il che sarebbe quanto dire che la efficacia giuridica delle alienazioni non trascritte sarebbe minore di quella delle alienazioni trascritte, perchè non conferirebbe a un ulteriore acquirente, il quale trascrivesse, il diritto di non cedere a trascrizioni confligenti, se non per motivo della priorità di queste. Or come potrebbesi ciò conciliare col fondamentale canone del nostro diritto civile, che la proprietà, anche immobiliare, passa per virtù del solo consenso, colla pienezza di tutti i suoi effetti?

È cosa singolare che più di un fautore della continuità delle trascrizioni confessi che questa dottrina involge l'inferiorità giuridica degli acquisti immobiliari non trascritti ai trascritti, e non si accorga di contraddire con ciò al canone della perfezione di quegli acquisti per virtù del solo consenso; non si accorga che, se il legislatore italiano avesse voluto quella continuità, avrebbe anche aggiunto la trascrizione al consenso, come condizione della perfezione degli acquisti immobiliari.

Il compianto prof. F. Bianchi (*l. c.*), afferma che la proprietà non trascritta è una proprietà *vulnerabile*, la quale non può mutar natura e diventar più salda passando in un nuovo acquirente che trascrive, e che questa trascrizione *consolida* bensì l'acquisto verso l'immediato suo *autore*, che non trascrisse, ma non eziandio verso l'autore dell'autore, che non trascrisse del pari, e che non ha nessun rapporto coll'ultimo acquirente, il quale trascrisse. Ora, che *vulnerabile* sia una proprietà acquistata e non trascritta, si potrà dire, ma solo in confronto dell'acquirente immediato, perchè l'autore di questo può ulteriormente trasmetterla ad altri, il quale trascriva prima di quello. Ma che la *vulnerabilità* debba continuare anche in un subacquirente, il quale trascriva l'acquisto suo, e non piuttosto costui, avendo fatto ciò che non fece il suo autore, si trovi avere *contro ogni posteriore trascrivente* quella piena sicurezza che quegli non aveva, è appunto la quistione. Ed è questione che non si può affermativamente risolvere senza contraddire al principio che il solo consenso, senza bisogno di trascrizione, opera il passaggio della proprietà, e quindi dà all'acquirente il diritto di trasmettere l'immobile ad un subacquirente, con tutti i diritti inerenti alla proprietà, compreso quello di trascrivere alla volta sua, e di prevalere a ogni altro trascrivente posteriore a lui. La sola

inferiorità, in cui trovasi il subacquirente che trascriva, avendo acquistato da chi non trascrisse, consiste nel correre il pericolo di vedersi un giorno opposta una trascrizione anteriore, che egli non potè conoscere; e questo è l'effetto naturale del richiedersi la trascrizione soltanto per assicurare gli acquisti immobiliari in confronto dei terzi; se a quella inferiorità si voglia aggiungere anche l'altra, di non potere quel subacquirente profittare della trascrizione sua contro ogni trascrivente posteriore, si nega l'effetto proprio della trascrizione, dandone per causa la insufficienza e inefficacia di un semplice acquisto consensuale, per cui questo non valga a trasmettere la facoltà di trascrivere.

Il Presidente Mirabelli dice dal canto suo (*l. c.*) che " secondo il Codice civile italiano vi sono due modi di trasmettere per atto tra vivi la proprietà immobiliare: l'un modo, col solo consenso tra i contraenti e i loro eredi, e l'altro rispetto a determinati terzi col consenso pubblicato mediante la trascrizione; che l'acquirente diventa per conseguenza proprietario in confronto di tutti solo dopo avere trascritto, che prima della trascrizione egli ha una proprietà *relativa*, non assoluta *erga omnes*; che, quando egli rivende, non trasferisce al subacquirente, nè può trasferire che la stessa *proprietà relativa*, non assoluta *erga omnes*... ". La proprietà *relativa* del Mirabelli è la stessa cosa della proprietà *vulnerabile* di F. Bianchi; il Luzzatti adopera invece l'espressione proprietà *viziata*; ma tutti questi concetti contraddicono ugualmente al canone della trasmissione della proprietà immobiliare per solo consenso, la quale trasmissione non è altrimenti intesa dal legislatore che come piena e perfetta, e quindi col diritto nell'acquirente di trascrivere, benchè il suo autore non abbia trascritto, con diritto cioè di avvantaggiarsi egli della trascrizione, come avrebbe potuto il suo autore avvantaggiarsene, il quale vantaggio consiste per l'acquirente che trascrive nell'essere preferito ad ogni trascrivente posteriore, mentre e benchè il suo autore non l'avrebbe potuto, soltanto perchè non ha voluto.

Di fronte ai sunnominati giuristi è poi anche permesso esprimer meraviglia che essi abbiano potuto permettersi di introdurre nel nostro diritto civile un concetto nuovo, e di tanto fondamentale importanza come quello di proprietà *relativa* o *viziata* o *vulnerabile*, di cui il legislatore non ha dato segno in nessun posto di aver avuto coscienza. Che la interpretazione possa talvolta discoprire

nella legge qualche concetto, su cui il legislatore non si è fermato, concedo, ma che ciò sia possibile rispetto a concetti fondamentali, non concederà nessuno. Ora fra questi concetti vi ha indubbiamente quello della trasmissibilità della proprietà immobiliare per solo consenso, e se il legislatore ha potuto, senza ledere codesto fondamental canone, statuire che fra acquisti confligenti prevalga quello assistito dalla anteriorità della trascrizione, egli non poteva però statuire in pari tempo che a taluni acquisti codesto canone si applicasse, ad altri no, secondo che fossero o no stati preceduti da quella esteriore formalità, senza derogare a quel canone, senza ammettere cioè implicitamente che non sempre il solo consenso basti a trasmettere la proprietà con tutti i suoi giuridici effetti.

Ad III. Non soltanto la continuità delle trascrizioni non può aver voluto il legislatore italiano, come condizione della prevalenza della trascrizione anteriore alla posteriore, perchè nè egli ha ordinato la trascrizione in modo corrispondente a tal proposito, nè ciò avrebbe potuto senza derogare al fondamentale principio della trasmissione consensuale dei diritti, alla quale deroga egli non ha in nessuna guisa accennato, come pure avrebbe dovuto, ma anche le testuali disposizioni, che la trascrizione riguardano, non consentono affatto che la priorità di una trascrizione non basti a farla prevalere, se fra essa e la trascrizione posteriore interceda una o più alienazione non trascritta. Si affaticano non pochi a dimostrare il contrario, ma io credo che le ragioni da me e da altri addotte non siano state finora superate.

Gli articoli del Codice civile concernenti la trascrizione mi sembrano escludere la tesi della continuità delle trascrizioni, sia *a)* per ciò che essi non dicono; sia *b)* per ciò che espressamente statuiscono.

a) Se fosse vera quella tesi, correrebbe obbligo ad ogni acquirente, il cui autore o gli autori dell'autore non avessero trascritto, di operare, insieme alla trascrizione dell'acquisto proprio, quelle altresì degli acquisti anteriori non trascritti. È un ben grave obbligo codesto; talvolta, come osserva il Flandin *(l. c.)*, persino impossibile ad eseguirsi, e in ogni caso costoso assai, non solo per le spese di trascrizione, ma altresì, in molti casi, per le multe che occorre pagare per omesse registrazioni! Or di siffatto obbligo la legge nulla avrebbe detto, neppure incidentalmente, mentre pure tanto naturalmente doveva corrervi il pensiero del legislatore nell'atto di porre il concetto della priorità delle trascrizioni! Chi di-

rebbe saggio legislatore quello che si fosse permesso una così grave lacuna? E come si può quindi reputar meritevole di siffatto rimprovero un legislatore, che non dà nessun sicuro appiglio all'opinione che egli abbia voluto imporre altra condizione alla prevalenza di una trascrizione su di un'altra, fuorchè la priorità del tempo?

b) Il passo di legge che io e molti altri reputiamo più decisivo di ogni altro nella questione in discorso, è noto essere l'art. 1942.

Il primo alinea di questo articolo suona: " Le sentenze e gli atti enunciati nell'art. 1932, sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi, che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile ".

In queste parole è chiaro, a mio avviso, il concetto che la trascrizione anteriore prevale alla posteriore, non solo senza riguardo alla anteriorità degli atti d'acquisto, ma anche senza riguardo a trascrizioni fatte o non fatte anteriormente alle trascrizioni in conflitto. Poichè il legislatore statuisce che la trascrizione anteriore deve prevalere alla posteriore, senz'altra condizione, assolutamente, egli è impossibile, fuorchè facendo violenza alle parole del legislatore, e creando la legge invece di interpretarla, tener conto di acquisti anteriori a quelli che sono in conflitto, per esigere una condizione di più, oltre a quella della priorità della trascrizione, onde far prevalere uno degli acquisti confligenti all'altro o agli altri. In altri termini, la prevalenza degli acquisti trascritti sugli acquisti non trascritti, o trascritti dopo, è chiaramente significata nel 1° comma dell'art. 1942, tanto rispetto ad acquisti o trascrizioni confligenti, il cui comune autore immediato abbia trascritto l'acquisto suo, quanto rispetto a trascrizioni confligenti, il cui comune autore immediato non abbia trascritto l'acquisto proprio, quanto rispetto a trascrizioni confligenti, che mettano capo ad un acquirente remoto, il quale abbia o non abbia trascritto, e dal quale, venendo all'una o all'altra delle trascrizioni confligenti, siano interceduti uno o più acquisti che non siano stati trascritti; e in ogni caso, senza far distinzione fra confligenti diritti di proprietà e confligenti diritti immobiliari d'altra natura. L'ultimo degli anzidetti casi sarebbe appunto caso di trascrizioni di proprietà non continue, e il passo di legge in discorso non fa distinzione nessuna tra esso e i casi precedenti rispetto alla applicazione del canone generale, assoluto, che esso contiene.

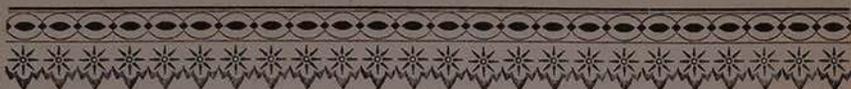
Ciò ch'è detto nel 1° capoverso dell'art. 1942, è poi ripetuto nel comma terzo. La quale ripetizione era un naturale ritorno al principio generale della prevalenza dei diritti trascritti su quelli che non lo sono, o che lo furono dopo, al quale generale canone il capoverso 2° aveva fatto una eccezione a favore dell'ipoteca dell'alienante. Eccezione impropriamente annunciata, a dir vero, dalla parola *parimente*, con cui il 2° capoverso comincia — a meno che questa parola si voglia giustificare col riflesso che il legislatore, coll'aver dato effetto retroattivo alla trascrizione dell'alienazione, la quale trae seco iscrizione della ipoteca dell'alienante, sia venuto a considerare i diritti acquistati e trascritti o iscritti contro l'acquirente prima della trascrizione di questo, come se fossero stati invece trascritti o iscritti dopo, — ma eccezione manifesta al canone generale scritto nel capoverso primo, ed eccezione che non si spiega, dicendo con Luzzatti che essa dovettesi appunto fare perchè l'alienante non avrebbe potuto eccepire contro gli aventi causa dall'acquirente il difetto di continuità delle trascrizioni. Perchè ciò? Forse perchè, come sembra pensare il Bianchi, gli aventi causa dall'acquirente non sono *terzi* in confronto dell'alienante? Di certo lo sono, perchè *terzo* è di fronte ad una persona qualunque altra, la quale non ha avuto causa da lei, fuorchè per essere erede dell'erede di lei. La ragione non è altra se non la speciale e maggior protezione che il legislatore volle accordare all'alienante; derogando al canone generale statuito nel capoverso primo. Fatta adunque nel 2° capoverso una eccezione al canone generale sancito nel primo, era naturale, ripeto, benchè non necessario, che il legislatore assicurasse all'aquirente l'applicazione di quel canone in tutti gli altri casi. Dico l'acquirente, perchè, quantunque la eccezione del capoverso secondo colpisca direttamente gli aventi causa dall'acquirente, essa viene però anche a colpire indirettamente quest'ultimo, per la evizione a cui egli si trova esposto verso di quelli. E l'assicurazione consiste nel ripetere rispetto allo acquirente lo stesso concetto del capoverso primo, soltanto riferendolo al rapporto intercedente fra l'acquirente, gravato di ipoteca legale, e il precedente proprietario, alienante non pagato: " seguìta la trascrizione, non può aver effetto contro l'acquirente alcuna trascrizione od iscrizione di diritto acquistato verso il precedente proprietario, quantunque l'acquisto risalga a tempo anteriore al titolo trascritto ".

Altri articoli ancora del Codice civile sono stati invocati per combattere la tesi della continuità delle trascrizioni. La citata sentenza di Casale, p. es., 2 febbraio 1872, invoca l'art. 2043 Cod. civ., il quale ammette alla purgazione ipotecaria il terzo possessore che abbia fatto trascrivere il proprio acquisto, senz'altre condizioni, ed a questa sola ed isolata trascrizione dà virtù di liberare l'immobile da tutte le iscrizioni posteriori ad essa.

Ed io ho pure addotto più volte, e adduco di nuovo qui, come validissimo argomento contro la tesi della continuità delle trascrizioni, l'economia del nostro diritto civile in materia di trascrizione delle azioni di rivocazione, risoluzione, nei casi contemplati dagli articoli 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787. Se quella tesi fosse vera, ne verrebbe l'inammissibile conseguenza che una di quelle azioni, trascritta dopo una trascrizione di proprietà od una iscrizione di altri diritti reali sull'immobile in quistione, dovesse non ostante prevalere alle medesime, dentro il termine prescrizionale, se l'attore allegasse che fra il convenuto, autore, o autore dell'autore, degli anteriori trascriventi o iscriventi, o fra un più remoto autore del convenuto e autore o autore dell'autore di quei posteriori trascriventi o iscriventi, e costoro, la trascrizione è stata interrotta. Inammissibile conseguenza, dico, imperocchè, se il legislatore pone il canone generale che gli acquisti trascritti siano al sicuro da talune azioni di risoluzione, rescissione, rivocazione contro gli autori dell'acquirente, dà con ciò abbastanza a divedere che neppure tiene e può tener calcolo della circostanza che gli acquisiti anteriori siano stati o non siano stati trascritti. Ciò che egli ha voluto, si è che ogni, e propriamente ogni singolo, acquisto trascritto, sia per ciò solo sicuro contro ognuna delle dette azioni, trascritta dopo.

E così, da qualunque punto di vista la si consideri, sia da quello dello spirito della legge in materia di trascrizione, sia da quello della generale economia del gius civile italiano in materia di acquisti immobiliari, sia da quello delle positive disposizioni concernenti la trascrizione, la tesi della continuità delle trascrizioni apparisce infondata, inammissibile, e conducente a inaccettabili conseguenze giuridico-pratiche. Conclusione spiacevole al certo codesta, se si pensa al danno che deriva al commercio immobiliare dalla impossibilità in cui spesso può trovarsi chi vuole acquistare diritti sugli immobili, di tenersi sicuro contro sorprese di diritti

confligenti, trascritti o iscritti prima, e i quali egli non abbia potuto discoprire colla scorta dei pubblici libri. Ma ciò significa soltanto che i registri delle trascrizioni, fiancheggiati pure dai registri catastali, costituiscono un imperfetto sistema di pubblicità immobiliare, e che deve astenersi da negoziazioni immobiliari chi non riesce con tal mezzo a procacciarsi una sicura notizia dei diritti d'ogni specie, che possono gravare un immobile, e non essere caduti in prescrizione.

Osserverò da ultimo che io non posso convenire in chi pensa che una trascrizione posteriore possa prevalere ad una anteriore, allorquando il primo trascrivente non ignorasse l'anteriore costituzione del diritto trascritto dopo. Il *Code civil égyptien* (art. 341) statuisce codesto, ma in difetto di espressa disposizione di legge io non credo che la giurisprudenza possa accogliere questa tesi. Dissento quindi dalla Cassazione di Torino, la quale dichiarò in una sentenza 10 luglio 1891 (*Giur. it.*, 1891, 1, 1, 518), potersi colla pauliana rescindere l'alienazione trascritta in frode di una alienazione anteriore non trascritta. Imperocchè tutta la economia del sistema, per quanto imperfetto, della trascrizione riposa sulla prevalenza delle trascrizioni anteriori alle posteriori. Ammessa la dottrina egiziana, e della Cass. Torinese, verrebbe resa ancor minore la già insufficiente attendibilità del registro delle trascrizioni. Vi ha qui, in certa guisa, un interesse pubblico, a cui l'interesse privato non può prevalere. Più saviamente quindi parmi che la Cassazione di Napoli in una sentenza, 3 giugno 1899 (*Ib.*, 1899, 1, 1, 544), negò potere la mala fede ostare alla prevalenza di una trascrizione anteriore.

Natura giuridica del diritto di palco.

Circa la natura del diritto di palco, diritto quasi sconosciuto fuori d'Italia, come bene osserva il dott. A. Lucci (*Del diritto di superficie. Arch. giur.*, vol. 51, 52), le opinioni de' giuristi italiani non sono concordi. Mi farò anch'io a studiarla, e prima ricorderò i responsi de' tribunali, poi quelli degli scrittori, e fra i primi farò precedere i responsi dei tribunali italiani dopo l'attuazione del Codice civile.

Il Tribunale di Livorno, in una sentenza 16 settembre 1882 (*Monit. trib.*, Milano, 1882, 1102), dichiarò essere il diritto di palco vera e propria proprietà, limitata bensì nell'uso suo: non condominio, e molto meno servitù personale o prediale, perchè alla prima ripugnerebbe il potere il palchista alienare il suo diritto, e alla seconda l'inesistenza di un fondo dominante, e il richiedere la pretesa servitù di palco l'opera del serviente onde veniva fatta valere. Il Tribunale di Firenze, in una sentenza 15 aprile 1870 (ap. Franchetti, *Del diritto di palco*, Bologna, 1871, p. 32, v. sotto), dichiarò spettare ai palchisti del teatro nazionale di quella città, la proprietà del palco, salvo certe restrizioni, ed una servitù attiva sulle altre parti del teatro al fine di godere gli spettacoli. Il Tribunale di Milano, con sentenza 29 luglio 1885 (*Legge*, 1886, 1, 23), dichiarò proprietà libera quella del palco, distinta e indipendente da quella del teatro, vincolata però a restrizioni inerenti all'uso e alla destinazione di questo. E lo stesso dichiarò la Cassazione di Torino, 13 aprile 1882 (*Foro it.*, 1882, 580), 5 dicembre 1884 (*Legge*, 1885, 1, 83), ritenendo in pari tempo una

comunione fra il palchista e il proprietario del teatro rispetto ad altre parti di questo, il cui uso è necessario per godere di palco. Nuovamente la Cassazione di Torino, 11 aprile 1889 (*Monit. trib.*, 1889, 971), dichiarò proprietà quella del palco, e da ultimo dichiarò lo stesso la Corte d'appello di Casale, 17 marzo 1896 (*Giur. it.*, 1896, I, 2, 213). Invece la Corte di appello di Milano, in una sentenza 6 dicembre 1873 (*Monit. trib.*, 1, 1874, 60), dichiarò essere i palchi parti essenziali e costitutive dell'ente unico e collettivo teatro; non essere il diritto di palco vera e propria proprietà, ma un diritto, *sui generis*, di occupare il palco per assistere alle rappresentazioni, e formare oggetto di vendita, e di cessione temporanea e perpetua non la proprietà del palco, ma soltanto il detto diritto. E lo stesso ritennero il Tribunale di Milano, 29 luglio 1875 (*Ib.*, 1886, 1, 23), il Tribunale di Firenze, 27 gennaio 1875 (*Ib.*, 1875, 1, 235), e la Cassazione di Torino, 31 dicembre 1885. La Cassazione di Roma, in una sentenza 8 maggio 1876 (*Foro it.*, 1876, I, 705), dichiarò assurda ed inattendibile l'idea di un dominio individuale e distinto dei singoli palchi, sovrapposto al dominio comune e principale della platea, del palco scenico, e di quant'altro costituisce il teatro; il diritto di palco non essere un dominio *pro diviso*, ma soltanto un diritto di uso, riservato a vantaggio di ciascun socio.

Fuori d'Italia, non essendo praticato l'uso dei palchi distinti e appartenenti a distinte persone in un medesimo teatro, neppure ebbe occasione la giurisprudenza di pronunciarsi intorno alla natura del diritto di palco. Il *Journal du Palais* (1860, 524) non menziona che una sentenza del Tribunale di Carcassonne, ed una della Corte di Montepellier 15 dicembre 1858, delle quali la prima ritenne che il palco non sia oggetto di un diritto diverso da quello del proprietario della sala, ma costituisca col secondo una comunione indivisa; la seconda invece reputò il diritto di palco una proprietà *sui generis*.

Anteriormente al Codice civile italiano la questione circa la natura del diritto di palco era stata trattata più volte davanti a tribunali italiani.

L'*Auditor Camerae*, cui era attribuita a Roma, sotto i Pontefici, la inferiore giurisdizione, in una sentenza 11 giugno 1846 ebbe a dichiarare il diritto dei palchisti proprietà del palco, e servitù attiva del resto del teatro, cioè servitù *prospiciendi in theatrum*

(Belli, *Giornale del Foro*, 1846-47, vol. I, p. 219, 398). Una sentenza della Rota romana *Theatri de Capranica,* 15 marzo 1772, *coram* Mannelli, occasionata dalla pretensione dei palchisti di immischiarsi nella gestione degli spettacoli, tenuta sino allora esclusivamente dal proprietario del teatro, ebbe a dichiarare che il palco, benchè acquistato mediante compra-vendita, non è diritto di dominio, nè parte di società, ma soltanto servitù *inspiciendi scenica sive per se, sive per alios.* E convalidò tale decisione, osservando, fra le altre cose, che i palchisti nulla sono obbligati contribuire nè per il pagamento delle tasse, nè per il salario dell'architetto del teatro, nè per gli attrezzi e il corredo degli spettacoli, e che non hanno neppure presso di sè le chiavi del teatro. — Una seconda sentenza della Rota romana *Theatri de Capranica,* 22 giugno 1801, *coram* Resta, respingendo la pretesa del proprietario di questo teatro di far contribuire i palchisti alle riparazioni del medesimo, qualificò di nuovo il diritto di costoro servitù attiva, cioè *ius inspiciendi spectacula.* — Concordemente colla Rota romana, anche la fiorentina, in una sentenza 1° maggio 1801, *coram* Pardini, respingendo la domanda dei palchisti del teatro fiorentino la Pergola, che il proprietario del teatro fosse costretto a darvi spettacoli, dichiarò risiedere negli accademici il dominio del teatro, e il diritto dei palchisti consistere in una mera servitù attiva, vedere, e udire le teatrali rappresentazioni. E analogamente alla Rota fiorentina, molte sentenze di tribunali toscani, osserva il Franchetti (*op. cit.*, p. 18), definirono il diritto di palco: diritto di uso e godimento di una loggia, diritto sottoposto bensì alle azioni dei creditori del palchista, e quindi anche alla espropriazione forzata.

Discordò invece dalla dottrina adottata la prima volta dalla Rota romana, la Rota perugina nella decisione *progressivitatis fideicommissi,* 15 dicembre 1841, *coram* De Cursis, e dichiarò i palchi dei teatri vera e propria proprietà immobiliare, al pari degli altri fondi urbani, epperò suscettiva di ipoteca. Bensì la Rota perugina dichiarò in pari tempo *minus plenum* il dominio del palco, a similitudine di *qui viridarium similiaque ad voluptatem possidet.* Che sia mera servitù il diritto di palco, esclude recisamente la Rota perugina, e meritano le relative sue parole di essere riportate: *non id arrisit quod notabatur hujusmodi cellulas activam tantum praeseferre servitutem inspiciendi scenica spectacula. Perpensum fuit enim*

ad realem eam constituendam servitutem duos requiri fundos, dominantem unum, servientem alterum; perperam at vere exquiri in casu fundum alterum. Ed anche dichiarò altra cosa essere il considerare il diritto di palco rispetto ai palchisti, ed altra il considerarlo rispetto alla totalità del teatro, e ai proprietari di questo; con che la Rota perugina intese non dissentire dalla romana *Theatri de Capranica*, 15 marzo 1772, sovraccennata.

E giustamente l'avv. A. Galassi (Memoria in causa *Palchisti* del *Teatro Nazionale* e *Ducci*, Firenze, Botta, 1870, p. 47) cita pure come favorevoli alla tesi della proprietà del palco in teatro la decisione *Florentina Theatri* 1° maggio 1801, e le successive decisioni del Tribunale di Firenze 2 dicembre 1854, e della Corte suprema di Firenze 29 febbraio 1856, nelle quali ammettesi bensì inerente al diritto di palco la servitù attiva di prospetto, ma non già riponendo la sostanza di quel diritto in questa servitù, bensì contrapponendo questa a quello, il quale, per essere subbietto di servitù, non può non essere proprietà.

Vengo ora alle opinioni espresse dai giuristi italiani sulla natura del diritto di palco.

L'avv. Salucci (*Giur. dei Teatri*, p. 97-98) considera il diritto di palco una proprietà, cui va unita una servitù attiva, ristretta al semplice godimento degli spettacoli. L'avv. Ascoli (*Studi di giur. teatr.*, p. 71) considera i palchettisti condomini col proprietario del teatro. L'avv. E. Rosmini (*Legislazione e giurisprudenza dei teatri*, Milano, 1882, I, p. 231) segue l'opinione dell'*Auditor camerae* nella sopra ricordata sentenza romana, cioè considera il diritto di palco vera e propria proprietà, limitata e ristretta per la natura e destinazione dell'edificio, e unita alla servitù di passo per accedervi, e all'altra *prospiciendi in theatrum*. Ed anzi il Rosmini ritiene che non vi sia nessuna sostanziale differenza fra il diritto del palchista e quello del proprietario di un piano di casa, la quale proprietà è riconosciuta e regolata dagli articoli 562-564 del vigente Codice civile. Proprietà avente natura di *superficie*, o *jus superficiei*, ravvisa pure nel diritto di palco l'avv. Galassi (*op. cit.*). Posteriormente al Galassi, la tesi di questo fu propugnata da due valenti giuristi, A. Coviello (*Arch. Giur.*, vol. 495), e Lucci (*op. cit.*).

Contrario alla tesi della proprietà del palco è A. Franchetti (*l. c.*). Per il Franchetti il diritto di palco è un *jus sui generis*. È un *jus in re aliena,* di per sè stante, ristretto, quanto al godi-

mento, nei limiti di una mera comodità personale. È un diritto immobiliare, differente dalla servitù prediale, e meno esteso delle servitù personali e dello stesso diritto di superficie, quantunque colle servitù personali abbia qualche affinità, e più ancora colla superficie. Lo si suole acquistare per compra-vendita, e tra vivi non lo si può acquistare se non per atto scritto, e va soggetto a trascrizione. Il palchista non è possessore, ma detentore; può nondimeno far uso degli interdetti possessorii e della *nunciatio novi operis*, come in diritto romano ne poteva far uso anche il superficiario per mezzo di azioni utili. Il diritto di palco può essere acquistato anche per usucapione di 10 anni, secondo il disposto dell'art. 2137 del Codice civile. Si perde invece per volontario abbandono, o per consolidazione colla proprietà del teatro, o per la prescrizione estintiva trentennaria. Questa può cominciare pel diritto di palco in virtù del solo non uso, senza bisogno di *usucapio libertatis*, computando il non uso dall'ultima volta in cui il palchista avrebbe potuto usare, e non usò; non già dall'ultimo uso fatto. Distrutto il teatro per causa involontaria, i palchisti non hanno nessun diritto nè sul nuovo teatro, che per avventura sorga sull'area del primo, nè su quest' area medesima. — L'opinione del Franchetti è stata seguìta dal dott. P. Anzillotti (*Del diritto di palco.* Pescia, 1890).

Scorgesi dal fin qui detto che fra le due tesi: *diritto di proprietà*, e *jus in re*, sia questo servitù attiva, o sia diritto reale *sui generis*, va oscillando la giurisprudenza italiana, teorica e pratica, intorno al diritto di palco, ma che la prima opinione è la più comunemente professata. Ed è qui opportuno osservare altresì che non soltanto giuristi di professione tennero di preferenza la prima opinione, ma anche non giuristi, sicchè essa appaia la più confacente al comun senso pratico; per esempio, lo statuto sociale del teatro di Lodi del 1840 dichiara all'art. 5 che la società del teatro è costituita dai proprietari dei palchi, e l'art. 8 soggiunge che la proprietà di ciascun socio potrà essere trasmessa in tutti i modi riconosciuti dalla legge, senza però che si possa scindere la proprietà individuale dalla generale. Nell'istromento pubblico del 1778, col quale vennero definiti i rispettivi diritti del demanio e dei palchisti sul teatro della Scala a Milano, costruito col concorso dell'uno e degli altri, mentre non si fa nessuna menzione di condominio del teatro fra il demanio e i palchisti, si dichiarano questi avere la proprietà

dei rispettivi palchi. Nello statuto della società anonima del R. Politeama fiorentino del 1862, è detto che alla società appartiene il detto anfiteatro, coll'onere reale perpetuo della servitù di uso ed usufrutto pei palchi governativi e per quelli venduti a vari acquirenti e loro eredi e successori in perpetuo. Rammenterò altresì che, vigendo il diritto toscano, il diritto di palco veniva impostato nei libri catastali, e che una circolare 12 gennaio 1884 (*ap.* Franchetti, *l. c.*, p. 25), regolante tale impostazione, più e più volte menziona il palchista come proprietario. In tutti questi statuti il palco è riconosciuto oggetto di proprietà, cui va unito un diritto di servitù attiva sul rimanente del teatro. Pochi statuti teatrali statuiscono diversamente, come p. es. quello del teatro della Pergola di Firenze dell'anno 1822 (*ap.* Franchetti, *l. c.*, p. 66), il quale afferma che gli accademici della Pergola, oltre all'uguale rata d'interesse del patrimonio dell'accademia, godono l'uso e l'usufrutto *formale* di un palchetto nel teatro, di una piccola stanza, e degli annessi al medesimo.

Prevalente è pure nella italiana giurisprudenza il convincimento che il diritto di palco debba essere considerato sotto due aspetti, cioè non solo in relazione al possessore, ma anche in relazione al rimanente del teatro, e che in questo secondo aspetto esso abbia natura diversa da quella che ha nel primo, cioè sia piuttosto un diritto di servitù. Onde si può dire essere dottrina prevalente nella giurisprudenza italiana che il diritto di palco è proprietà, nei suoi rapporti col singolo palchista, è servitù nei suoi rapporti col rimanente del teatro. Poco numerosi responsi rappresentano il diritto di palco, in tutto e per tutto, come un semplice *jus in re aliena.*

Venendo ora ad esporre il mio modo di vedere intorno alla questione, io osserverò anzitutto che non posso convenire nella general tesi adottata colla citata sentenza della Cassazione di Torino, 5 dicembre 1884, circa la differente natura del diritto di palco, secondo le differenti stipulazioni che accompagnarono la fondazione del teatro, e secondo la differente qualità delle persone alle quali i palchi ed il teatro appartengano.

All'infuori del caso, che i palchi appartengano allo stesso proprietario del teatro, a me pare che il diritto del palco sia sempre il medesimo, qualunque ne sia stata l'origine all'atto di fondazione del teatro, e a chiunque esso appartenga. Tanto se i palchi siano stati costruiti dagli stessi palchisti, mentre altri costruiva il rimanente

del teatro, come fu all'origine del teatro della Scala di Milano, quanto se i palchi siano stati separatamente venduti da chi era proprietario di tutto il teatro, come fu rispetto al teatro Capranica di Roma; tanto se i palchisti siano condomini dell'intiero teatro, quanto se, oltre a palchisti accademici e condomini del teatro, ci siano altri soltanto padroni del palco, come fu rispetto al teatro della Pergola di Firenze, o se, oltre a palchisti, semplicemente tali, ci sia una persona morale proprietaria di altri palchi e del rimanente del teatro, come nel Politeama fiorentino; in tutti questi casi, che la Cassazione torinese vorrebbe distinguere, e diversamente giudicare rispetto alla natura del diritto del palco, sembra a me che questa natura sia sempre la medesima. E ciò perchè in tutte quelle differenti configurazioni il diritto sui singoli palchi può e deve essere sempre considerato a sè, e, in particolare, separatamente affatto da ogni altro diritto di proprietà che per avventura spetti alla stessa persona del palchista su altre parti del teatro.

Che veramente il diritto di palco possa essere considerato come un diritto reale a sè, cioè di per sè stante, è questo il punto che bisogna fermare e porre come premessa, prima di definire quale ne sia propriamente la natura. Imperocchè coloro i quali vollero ravvisarvi un *jus in re aliena*, non da altro furono determinati, fuorchè dal presupposto che quel diritto di per sè non possa sussistere e considerarsi, ma soltanto addossato ad un altro, e come frammento di un altro principale. Afferma infatti la Cassazione di Roma, nella citata sua decisione 6 dicembre 1873, essere assurda e inconcepibile cosa il dominio individuale e distinto del palco, e ciò ella dice sulla fede del diritto romano, nel quale è noto che il solo suolo, fra le cose materiali, potevasi *pro diviso* possedere. Io credo che questo argomento provi troppo, e che la Cassazione abbia gratuitamente quella tesi proclamato. Potrei rispondere coll'esimio Franchetti che il diritto romano non ha segnato le colonne d'Ercole nel gius civile, e che in fatto di diritti reali l'ortodossia del romano diritto è stata da gran tempo vulnerata, a cominciare dal Baldo e dall'Alciato, i quali ammisero servitù perpetue, benchè mancando un vero fondo dominante (Franchetti, *l. c.*, p. 11), venendo alla giurisprudenza dei tribunali toscani, che ammise servitù personali perpetue, a prò di famiglie o di persone morali (*Ib.*, p. 12). Siccome però la quistione va risoluta a' termini del vigente diritto

italiano, mi limito a rispondere che male si esclude *a priori* la possibilità di diritti reali *di per sè stanti*, non semplici diritti di servitù, su parti determinate di edificio ad altri spettante, una volta che un esempio di questo genere noi abbiamo già testualmente ammesso nel diritto italiano. È questo il diritto, certamente di proprietà, su di un piano singolo di casa (art. 562-564 Cod. civ.). Se in questo caso una proprietà distinta su parte di un edifizio, che ad altri appartiene, è comprensibile, ammissibile, ed ammessa, per qual ragione sarà una assurdità l'asserire qualcosa di simile in qualche altro caso, in cui cosiffatta novità non sia meno appropriata che nel primo?

Che non solamente non si possa, nello stato attuale del diritto civile, fare nessuna seria obbiezione astratta e *aprioristica* al concetto del diritto di palco, come di un diritto di per sè stante, ma che in concreto altresì quel diritto debba in tal modo essere considerato, sembrami di potere con buon fondamento asserire.

Se invero il diritto di palco non fosse diritto reale di per sè stante, la natura sua non potrebbe essere che di diritto di servitù. E di vero come servitù il palco fu universalmente definito finora da coloro i quali non vollero ravvisarvi nulla di attinente alla proprietà, e il FRANCHETTI, il quale non vuol ravvisare nel palco nè un diritto di servitù, nè un diritto di proprietà, non riesce a dire che cosa sia questo *quid dimidium* fra proprietà e servitù. Sta bene che nel progresso storico del giure nuovi istituti giuridici si vengono di mano in mano formando, e che è follia il volere tutto il diritto presente e futuro raccogliere in una legislazione data, romana od altra, ma non è meno necessario ai tempi nostri, che in qualunque altro, l'avere una bene definita individualità ogni ente giuridico non conosciuto finora, che si voglia porre a fianco di quelli conosciuti e praticati, come diverso e distinto da questi.

Il concetto di servitù non risponde affatto all'effettivo contenuto del concetto del diritto di palco; o a dir meglio, non vi risponde per intiero. Ciò venne già molte volte osservato nella nostra giurisprudenza. Il gius di servitù, se è personale, deve, per diritto romano e per diritto civile italiano, estinguersi colla persona a cui è conferito, nè nel diritto moderno fu mai ammesso perpetuo, se non come spettante ad un corpo morale, o ad una famiglia. Il diritto di palco invece è perpetuo come la proprietà, è trasmissibile liberamente da persona a persona, sia *inter vivos*,

sia *mortis causa*, come la proprietà. Dice benissimo il Galassi: " un diritto di uso, che per un palco di teatro, coll'estensione e pienezza dei diritti concessi all'usuario, equivale ad un amplissimo usufrutto, perpetuo, cedibile, suscettibile d'ipoteca e di espropriazione forzata per parte dei creditori, si confonde col diritto di proprietà, e comprende tutte le più ampie facoltà che possano competere ad un vero proprietario ". Che se il diritto di palco reputisi servitù prediale, esso suppone un fondo dominante e un fondo serviente; ma il palco non può considerarsi fondo dominante per l'esercizio dei diritti che esso trae seco sul rimanente del teatro, se non lo si consideri come un diritto di proprietà. Sono ragioni codeste così chiare e perentorie, e già tante volte dette e ripetute, che non si comprende davvero come ci siano stati tribunali e giureconsulti, pochi per verità, in Toscana specialmente, che non vi si siano piegati, e solo si comprende come un uomo del valore di A. Franchetti, per isfuggirvi, e in pari tempo non ammettere che il diritto in questione abbia natura affatto diversa da quella della servitù, siasi avvolto e smarrito nella indeterminatezza del concetto di un *quid dimidium* fra la proprietà e la servitù.

Poichè il diritto di palco non è mera servitù, esso è dunque un diritto reale di per sè stante. Or di qual natura sarà questo diritto?

In astratto e *a priori* si può dire che, come sarebbe proprietà ad altri spettante quel diritto, di cui il gius del palchista, considerato come non di per sè stante, cioè come mera servitù attiva, sarebbe soltanto limitazione e frammento, così, escluso quest'ultimo concetto, ne consegue che lo stesso gius del palchista, principale e di per sè stante, sia proprietà del palchista medesimo sul palco. E questo ragionamento ha certamente il suo valore; non massimo però, nè sufficiente. Importa qui di nuovo por mente all'effettivo contenuto del concetto del gius di palco, per decidere se esso veramente sia gius di per sè stante e principale, con natura di vera proprietà.

Il palchista ha diritto di godere esclusivamente del palco secondo la naturale sua destinazione, e di alienare, il palco *inter vivos* e *mortis causa*. Non sono questi i caratteri della proprietà? Non è essenzialmente la proprietà diritto di liberamente disporre di una cosa, e di escludere chicchessia da qualunque arbitraria manomissione di essa? Non aliena il palchista, se vuole, il suo palco,

sotto ogni forma, gratuita e onerosa, unilaterale e bilaterale, *inter vivos*, e non può egli anche disporne *mortis causa*? Non ha egli il diritto di escludere dal suo palco ogni persona che egli non voglia, ed ogni e qualunque ingerenza altrui, che non sia stata da lui consentita, o che non discenda, o per patto o per legge, da un rapporto di condominio cogli altri palchisti, o con altri proprietari del teatro, rispetto alle altre parti di questo? E non è inoltre la proprietà base di diritti attivi di servitù, e non apparisce quindi il palco diritto di proprietà, anche perchè radicasi in esso la servitù attiva *prospiciendi in theatrum*?

Varrà forse in contrario l'osservare che il gius di palco non sia diritto di godere del suo oggetto in tutti i modi che il palchista voglia, ma soltanto in quelli consentanei alla sua destinazione.

Quest'obbietto non vale, perchè si diparte da una falsa premessa intorno ai limiti obbiettivi della proprietà in generale. La proprietà non è già facoltà illimitata di godere a capriccio di una cosa materiale; essa è sempre facoltà limitata di disporre della cosa secondo la natura, e quindi secondo la propria destinazione di questa. Ora se questo concetto si applichi al gius di palco, svanisce subito la detta obbiezione. Imperocchè è ben vero che il proprietario del palco non può trarne profitto, nè contenervisi come se essa fosse stanza di abitazione, od un magazzino o ripostiglio, non può accedervi quando vuole, non ha neppure le chiavi del teatro per accedervi, nè, se le avesse, potrebbe servirsene che per godere gli spettacoli teatrali, e per disporvi le cose necessarie a quest'uso; non può neppur farne uso per godervi spettacoli teatrali, se non quando il proprietario del teatro li voglia dare, o sia stato obbligato a darli; ma che per tutto ciò? Tutte queste limitazioni, che meglio si direbbero modalità dell'uso e godimento della proprietà del palco, sono propriamente inerenti a questa, e attengono propriamente alla sostanza sua. È della natura del diritto di palco di essere adoperato a quel modo; è un gius consuetudinario secolare italiano, che ha assegnato al diritto in discorso quella natura e quei limiti. Se dunque la proprietà in generale è liberissima facoltà di disporre e di godere di una cosa nel modo e nei limiti stabiliti dalla natura di questa, qualunque questo modo e questi limiti siano, la proprietà in particolare del palco può ben essere quello anzi detto, e dentro questi limiti serbare non ostante l'indole giuridica di vera e propria proprietà.

Diritto di proprietà è dunque certamente il gius di palco, poichè esso ha tutti i caratteri del diritto di proprietà, come fu sempre universalmente inteso in Italia dalla pubblica coscienza, come pochissimi giureconsulti soltanto negarono, come ammisero invece, o non esclusero, quasi tutti i tribunali e gli scrittori italiani.

Ma è un diritto di proprietà, bisogna convenirne, alquanto differente dall'ordinaria proprietà degli edifici e delle terre, e, in questo senso, anormale, e quasi singolare. Imperocchè è proprietà di parte di un edificio che nella totalità sua è oggetto di un identico diritto, distinto dal primo, e che può appartenere a persona diversa da quella dei palchisti. È proprietà di una parte, la quale di fatto è inseparabile dal tutto, e alla proprietà del tutto si ricollega sia pel diritto che ha il palchista di servitù attiva non solo sul palco scenico, ma ancora su altre parti dell'edificio teatrale onde accedere al palco, sia pei diritti e per gli obblighi che egli abbia altresì come condomino di altre parti del teatrale edificio.

Ho detto sopra che esiste già nel gius civile italiano un diritto reale, di per sè stante, sul fondo altrui, cioè un diritto di proprietà *pro diviso* su di un tutto indivisibile, quello del proprietario di un singolo piano di casa. Ora soggiungo che fra il diritto sul piano di casa e il diritto di palco vi ha grandissima affinità, come ha già osservato il Rosmini (*l. c.*).

E di vero, le file od ordini dei palchi, sovrapposti gli uni agli altri, sono altrettanti piani del teatro, i quali somigliano perfettamente ai piani di una casa. Un singolo palco è una porzione del piano, o ordine, primo, secondo, terzo, od altro qualunque, del teatro; ma forse che il piano di una casa non potrebb'essere diviso anch'esso in due o più parti, o che non lo è di fatto talvolta in Italia? E forsechè in questo caso non trovano più applicazione alcuna gli art. 562-564 del Codice civile? In questo caso però il palco e il piano non solo si somigliano, ma affatto non differiscono *materialmente*. Vero è che la divisione della proprietà di una casa in tanti piani, o sezioni di piano, spettanti a proprietari differenti, può impedire che nulla rimanga della casa a persona differente da quella dei proprietari dei singoli piani o sezioni trasversali della casa, cominciando dalle cantine, mentre in un teatro, che non appartenga intieramente ad una sola persona, o non sia oggetto di condominio dei palchisti, rimane distinta la proprietà di ciò che non è palco, o palchi, dalla proprietà di questi, e il proprietario

del teatro dalle persone dei palchisti. Ma codesta differenza non è essenziale, perchè può anche darsi che di una casa sia alienato a parte un solo piano, od anche una sola porzione di questo, che la casa sia in tal guisa costruita, da potere una parte soltanto servire di abitazione, e che questa sola parte sia effettivamente venduta ad uno o più distinti proprietari, rimanendo quindi le altre parti di spettanza di un' altra persona. Sia pure che costui impropriamente si direbbe proprietario della casa, poichè la casa non gli apparterrebbe per intiero, ma anche il proprietario del teatro impropriamente si dice tale, quando alcuni palchi, e magari, tutti, appartengono ad altre persone.

Non per questo io credo che siano *giuridicamente* identiche quelle due figure. Vi ha infatti sempre comproprietà dei proprietari dei piani di casi rispetto ai muri maestri e ai tetti, e alle altre parti dell'edifizio, indicate nell'art. 562 del Codice civile, mentre non vi ha comproprietà fra i palchisti e fra questi il padrone del teatro rispetto a nessun'altra parte dell'edificio, servitù attiva *prospiciendi*, sulla sala e sul palcoscenico, e servitù attiva di uso di quelli che il Galassi chiama *accessori* indispensabili per accedere al palco ed uscirne. Ma queste differenze non tolgon il comune essenziale carattere giuridico fra la figura della proprietà distinta di un palco in un teatro altrui, e quella di un singolo piano in una casa, che nel rimanente suo ad altra persona appartenga: il carattere cioè di essere l'una e l'altra proprietà di parte di un tutto indiviso e indivisibile.

Proprietà, dico, quella del palchista, e propriamente proprietà superficiaria, o diritto di *superficie,* come già la qualificarono il Galassi, il Coviello e il Lucci (*ll. cc.*). Diritto di superficie, come è inteso nel diritto odierno, differente in ciò dal romano, cioè diritto di proprietà per il superficiario, e *jus in re* nei rapporti fra il superficiario e il *dominus soli*; diritto però, il secondo, inseparabile dal primo, e che cessa di esistere quando questo sia estinto.

Io conchiudo adunque: il diritto di palco nei teatri italiani non è servitù, nè personale, nè reale, nè *un quid dimidium* fra servitù e proprietà; ma è una proprietà vera e propria, come fu sempre qualificata dall'opinione pubblica e dal comune discorso degli italiani; come fu giudicato dalla Rota perugina, dalla Cassazione di Torino, dall'*Auditor Camerae* di Roma, dal tribunale di Livorno,

dal tribunale di Firenze; come non fu escluso, nè impedito di reputarlo, da due successive decisioni della Rota romana; come fu definito da quasi tutti i più reputati giureconsulti nostrali, che ne studiarono la natura. Diritto di proprietà, cui propria natura e proprio nome giuridico è *superficie,* o diritto di superficie. Sconosciuto bensì ai romani nella peculiarità sua, ma cui è facile assegnare un posto nel diritto positivo italiano, accanto al diritto, ad esso affine, di proprietà di un singolo piano di casa, inammissibile del pari nel romano diritto. Diritto di proprietà, governato bensì nelle peculiarità sue da principî suoi proprii, desunti dalla natura sua, ed, eventualmente, dai patti stipulati nella sua costituzione. Diritto di proprietà, cui vanno uniti diritti di servitù attiva sul rimanente del teatro; principalissima fra esse la servitù *prospiciendi in theatrum.* Proprietà, servitù: due diverse faccie del medesimo diritto, già tante volte avvertite nella italiana giurisprudenza e la prima volta dalla Rota perugina, che in ordine alle medesime seppe conciliare colla dottrina della proprietà del palco, gli apparentemente contrari responsi della Rota romana.

Recisioni di vene d'acque nel fondo proprio.

Se in virtù dell'art. 578 Cod. civ. sia vietato, non soltanto di emungere corsi d'acqua altrui, ma altresì di recidere nel fondo proprio vene d'acqua, da cui è alimentata una sorgente o un corso d'acqua altrui, è gravissima quistione, che il legislatore nostro non ha prevenuto colla dizione di quell'articolo.

Che questo si applichi non solo agli *emungimenti* di acque altrui, ma anche alla *recisione* di vene d'acque scorrenti nel fondo proprio, con danno di un utente inferiore, dichiararono: Corte d'appello di Palermo, 18 febbraio 1872 (*Annali*, 1872, II, 349); Napoli, 25 aprile 1873 (*Ib.*, 1873, II, 465); Cassazione di Palermo, 8 marzo 1873 (*Ib.*, 1873, I, 277), 11 giugno 1885 (*Foro it.*, 1886, I, 228), 1° agosto 1891 (*Ib.*, 1892, I, 163), 30 gennaio 1892 (*Ib.*, 1892, I, 577); Corte d'appello di Genova, 2 maggio 1892 (*Ib.*, I, 1305), 18 luglio 1893 (*Ib.*, I, 32); Cassazione di Napoli, 7 novembre 1876 (*Ib.*, 1877, I, 407), e 24 marzo 1888 (*Ib.*, 1888, I, 648); Cassazione di Torino, 20 luglio 1877 (*Ib.*, *Rep.* 1877, voce *Servitù*, n. 94), 29 aprile 1889 (*Ib.*, *Rep.* 1889, detta voce, n. 57), 30 decembre 1893 (*Ib.*, I, 318); Cassazione di Roma, 13 maggio 1878 (*Ib.*, 1878, I, 646, con *nota* del prof. Gianzana); Cassazione di Firenze, 15 decembre 1892 (*Ib.*, 1893, I, 718); Corte d'appello di Roma, 29 aprile 1902 (*Giur. it.*, 1902, I, 326); Cassazione di Palermo, 13 marzo 1894 (*Ib.*, 1904, 1, 1, 607), 6 febbraio 104 (*Riv. tecn. leg.*, vol. 8, II, p. 124); Cassazione di Torino, 18 dicembre 1905 (*Ib.*, vol. IX, p. 91).

Il contrario è stato ritenuto dalla Corte d'appello di Torino, 20 luglio 1872 (*Giur. it.*, 1872, II, 533), la quale sentenza fu cas-

sata dalla citata decisione 20 luglio 1877 della Cassazione di Torino; dalla Corte d'appello di Milano, 27 e 28 decembre 1891 (*Foro it.*, Rep. 1892, voce *Servitù*, n. 40-43); dalla Cassazione di Torino, 2 giugno e 9 luglio 1891 (*Ib.*, Rep. 1891, voce *Espropr. per p. u.*, n. 55, e voce *Servitù*, n. 47); dalla Corte di Appello di Palermo, 13 marzo 1894 (*Circ. giur.*, 1893, 329).

Prevale adunque decisamente nella nostra giurisprudenza la opinione che l'art. 588 si debba applicare anche alla recisione di vene d'acqua, da cui tragga utilità un proprietario inferiore. E ciò nel senso e allo scopo pratico che il giudice possa anche in tale caso applicare quei provvedimenti che lo stesso articolo 538 gli addita. Se codesta, certamente equa, sia abbastanza giustificata interpretazione dell'art. 578, è sempre quistione.

Io non credo ammissibile siffatta interpretazione. E prima di me furono di codesto avviso il Giovanetti, ispiratore dell'art. 602 del Codice Albertino (*Del regime delle acque,* trad. Foschini, XXX e XXXI), il Gianzana (*Scarica delle acque private*, p. 773 e segg.) (1), pure autorevolissimo in materia di diritti d'acqua, il compianto amico mio Pacifici-Mazzoni (*Servitù legali*, p. 46-47) e l'avv. Betti (*Giurista* di Genova, 1893), mentre l'opinione contraria è stata propugnata dal Vita-Levi (*Giur. it.*, 1877, *loc. cit.*, i. n.), da Scandurra-Sampolo (*Di tre quistioni di acque*, Palermo, 1891, p. 9 e segg.) e dall'Ingegnere Capitò (*Riv. tecn. leg.*, vol. V, p. 61 sgg.). Sicchè può ben dirsi che nella letteratura giuridica la tesi della applicazione dell'art. 578 non meno a recisioni di vene che ad emungimenti, è ben lontana dal prevalere, come prevale nella giurisprudenza dei nostri tribunali.

Una prima osservazione mi vien suggerita dalla lettura delle sentenze favorevoli alla tesi che io combatto, e gioverà a porre esattamente la quistione.

Non è ammissibile, a mio avviso, la comune asserzione dei fautori di quella tesi, che l'art. 578 sia appunto da riferirsi soltanto al caso di recisione delle vene d'acqua nel fondo superiore, perchè, quanto agli emungimenti, questi siano manifestamente illeciti, risolvendosi in una sottrazione dell'acqua del vicino. Prima di tutto

---

(1) Il Gianzana ebbe anzi a convincersi della tesi che io propugno, dopo avere in una anteriore opera sostenuto la tesi contraria.

io non so capire come si possa ravvisare un atto illecito in una escavazione d'acqua, fatta alla debita distanza dal fondo del vicino, cioè alla distanza voluta dagli art. 575-577: ma poi, ragionando in tal guisa, si viene a supporre che il proprietario, il quale, alla dovuta distanza dal fondo del vicino, fece alcuna delle opere accennate al principio dell'art. 578, abbia avuto di mira il dannoso effetto che ne verrà al diritto d'acqua del vicino, mentre egli è invece da ritenersi che l'art. 578 non suppone affatto codesto caso. Questo articolo ha manifestamente, cioè testualmente, per oggetto il conflitto fra due diritti; suppone cioè che, mentre un proprietario mirava a valersi del diritto suo di utilizzare le acque contenute nel proprio fondo, accada in realtà che il risultato pratico a cui egli riesce, frustri l'esercizio di un diritto analogo di un altro proprietario. Alla qual mira del primo proprietario poteva tanto andare congiunta la previsione del risultato effettivamente conseguito, quanto la più perfetta buona fede, ed è del tutto indifferente che l'una cosa o l'altra sia andata congiunta.

Ancora, onde bene porre la questione, bisogna riferirla propriamente ed esclusivamente a quelle vene d'acqua che il proprietario del terreno vuole altresì utilizzare per gli scopi additati nell'art. 578, non già a quelle che per tali scopi non gli giovino e che egli potrebbe non recidere, escavando per artificio il proprio sottosuolo a debita distanza da esse. In tale caso infatti quella recisione non avrebbe altro scopo *nisi ut officiat*, e per ciò solo potrebbe dirsi illecita. A un caso di questo genere si riferisce la Cassazione di Palermo in una sentenza 6 febbraio 1904 (*Giur. it.*, 1904, I, 1, 638).

A risolvere la questione si è ricorso a tutti i sussidî della interpretazione delle leggi; alla lettera dell'art. 578, ai motivi di questa disposizione, sia quando venne compilato il Codice Albertino, dall'art. 602 del quale è noto che venne desunto il nostro art. 578, sia quando venne compilato il Codice civile italiano; alla ragione della legge, cioè alla convenienza pratica comparata dell'una e dell'altra soluzione. E propriamente, se io non m'inganno, le due opposte argomentazioni differiscono in questo, che l'una, quella di chi riferisce l'art. 578 ai soli emungimenti, si basa sul testo della legge, e questo oppone alle ragioni di pratica utilità, che reputa più a proposito *de lege ferenda*, che non *de lege lata*; e l'altra, quella che estende l'art. 578 anche alle recisioni di vene d'acqua nel fondo superiore, si fa forte della utilità pratica di

questa soluzione onde piegare in questo senso la legge. I motivi di questa vengono adoperati dai fautori di entrambe le soluzioni.

De lege ferenda pare anche a me che il concetto fondamentale dell'articolo 578 dovrebbe riferirsi indifferentemente agli *emungimenti* ed alle *recisioni di vene*. È tanto infatti nel suo diritto di proprietà del fondo, e dell'acqua viva che sotto vi scorre, e che *portio agri videtur* (L. 11, Dig., *quod vi aut clam*), chi in qualunque modo o forma se ne serve, senza deviarla, quando chi per servirsene, ne recide la vena, deviandola o allacciandola ad un'altra; e se un proprietario può tanto venire depauperato dell'acqua sua per le infiltrazioni dal proprio fondo nel fondo o canale di un vicino, quanto dal mancatogli deflusso di una vena d'acqua recisa in un fondo superiore, egli è tanto giusto che al proprietario, autore del danno al vicino, si impongano cautele, e che fra i due proprietarî litiganti si interponga il giudice, giusta il disposto dell'art. 578, nel secondo caso, quanto nel primo. Che nella prima delle due ipotesi il fondo del proprietario danneggiante debba necessariamente essere o al medesimo livello o ad un livello inferiore a quello del fondo danneggiato, e nella seconda ipotesi invece il fondo del proprietario danneggiante sia necessariamente ad un livello superiore al fondo danneggiato, è una differenza codesta di nessuna importanza di fronte al rapporto giuridico e di fatto dei due proprietarî litiganti. Ma può egli ritenersì che i provvedimenti adottati dal nostro legislatore nell'art. 578 si adattino del pari all'una ipotesi e all'altra, a ottenere cioè nell'una e nell'altra ipotesi quella conciliazione, di cui in quell'articolo è parola?

L'art. 578 dice, nel secondo suo capoverso, dovere il giudice adoperare a conciliare fra loro nel modo più equo i *riguardi ai diritti di proprietà* e quelli ai *maggiori vantaggi* dell'agricoltura e dell'industria, e questo generico mandato al giudice può tanto risolversi nel lasciare esercitare entrambi i diritti collidenti, imponendo soltanto al diritto esercitato posteriormente certe modalità di esercizio, quanto nel sacrificare l'uno o l'altro di questi diritti, assegnando in pari tempo una indennità (*Ib.*, i. f.) al proprietario sacrificato. Or l'una cosa e l'altra sono possibili bensì nel caso di *emungimento* dell'acqua del vicino; ma come si può concepire il primo partito nel caso di *recisione* di vena d'acqua in un fondo superiore? In questo secondo caso non vi ha altra soluzione possibile del conflitto fra i due diritti di proprietà, fuorchè sacrificare

l'un diritto o l'altro, assegnando un'indennità al proprietario sacrificato. E dunque il generico disposto dell'articolo 578 non può riferirsi anche al caso di *recisione* di vena d'acqua, perchè l'alternativa che genericamente esso pone non può al secondo caso applicarsi, come avrebbe pur dovuto, se il legislatore avesse avuto di mira in pari tempo ed egualmente il caso di *recisione* di vena e il caso di *emungimento*. L'ingegnere Capitò, nel citato suo scritto, si affatica a dimostrare che, regolando a distanza, può benissimo impedirsi anche la recisione di vene d'acqua sotterranea, ma egli non sa addurre altri esempi onde far comprendere tale sua asserzione, fuorchè di vene d'acqua che il proprietario non aveva bisogno di tutte utilizzare nel fondo in cui le aveva scoperte (p. 70). Che la parte d'acqua esuberante il bisogno del proprietario debba in tali casi venire lasciata scorgere all'ingiù, non è dubbio, ma io ho osservato poc'anzi che casi tali non sono oggetto della presente questione. E la ragione per cui in casi tali la restituzione dell'acqua esuberante devesi fare al suo corso normale, è semplicemente il principio giuridico generale testè visto: *non est malitiis indulgendum.*

Di più, l'art. 578, nel primo capoverso, che è il principale, e rivela il pensiero del legislatore nella vera essenza e fisionomia sua, accenna, come a primo rimedio da tentarsi onde prevenire i danni del conflitto di diritti che ha di mira, a *maggiori distanze* e ad *opere necessarie per non nuocere*, ecc. E certamente quindi il secondo capoverso dell'articolo, colle parole *sorgendo contestazione fra i due proprietari*, accenna a controversia sia intorno alla quantità delle *maggiori distanze e alla qualità delle opere*, sia intorno alla stessa astratta possibilità che coll'uno o coll'altro mezzo, od anche con entrambi, si riesca a prevenire il danno del vicino. Ora, egli non è certamente possibile pensare a prevenire con *maggiori distanze* o con *opere* il danno causato al proprietario inferiore da *recisione* di una vena d'acqua nel fondo superiore, e manifestamente il conflitto fra i due proprietari non si potrebbe in questo caso dirimere, se non sacrificando il diritto dell'uno o quello dell'altro, proibendo cioè o permettendo la *recisione* della vena d'acqua, e così appigliandosi addirittura a quel partito, che il secondo capoverso dell'art. 578 non consente che come ultimo, venendo meno gli altri due delle *maggiori distanze* e delle *opere.*

Egli è chiaro adunque che, tanto il secondo capoverso dell'art. 578,

quanto il primo, tutto questo articolo insomma, nella mente del legislatore non si riferisce affatto all'ipotesi di conflitto per *recisione* di vena di acqua, ma soltanto a quella del conflitto per *emungimento*, al quale infatti si può tentare anzitutto di riparare con *maggiori distanze* da osservarsi, e con *opere* da eseguirsi dal proprietario danneggiante nell'esercizio del proprio diritto.

Codesto intendimento del legislatore italiano non può del resto far maraviglia, se si pensa che le anteriori legislazioni italiane, da cui l'art. 578 è stato desunto, non ebbero altra mira, nè altro oggetto. Era infatti limitata ai soli *emungimenti* la provvidenza della legge nello Statuto di Milano e in tutti gli altri Statuti lombardi (V. GIANZANA, *op. cit.* p. 629). E la legge italica 20 aprile 1804, d'onde fu preso l'art. 602 del Codice Albertino, ripetuto poi nel nostro art. 578, vietava essa " l'escavazioni di sorgenti, teste di fontane, condotti, cavi, come pure l'approfondare od ampliare le escavazioni o sorgenti attualmente esistenti in vicinanza ai fiumi o canali, entro la distanza nella quale a giudizio dei periti possono nuocere ai fiumi, o canali, o loro ripari ". Disposizione codesta, che, dal ROMAGNOSI e da tutti gli altri scrittori che la presero in considerazione, non è stata mai riferita ad altri che ai così detti *emungimenti*.

Or, se l'art. 578, nella dizione sua, nel testuale e logico suo significato, alla *recisione* di vena d'acqua in un fondo superiore non si può riferire, come è egli possibile argomentare sia dal diritto razionale, sia dai *motivi* dello stesso art. 578, per sostenere il contrario? Ogni tentativo di questo genere, oltre ad essere in contraddizione col noto canone: *ubi nulla verborum ambiguitas* ecc., ripugna anche all'altro non meno fondamentale canone della interpretazione delle leggi: *quod contra rationem juris introductum est, non trahitur ad consequentias*, o, in altri termini, che le leggi di eccezione, le leggi limitative di un diritto, non si possono estensivamente interpretare.

L'art. 578 limita il diritto di proprietà del terreno e dell'acqua in colui che *vuole aprire sorgenti*, ecc. Nella prima sua parte impone dapprima a questo proprietario una *servitù di maggiori distanze*, poi gli impone anche più, e propriamente qualcosa che trascende anche il concetto generale della servitù, la quale *in faciendo consistere nequit*, cioè gli impone la costruzione di *opere*; nella seconda parte poi l'art. 578 va ancora più in là, perchè dà al giudice una

così ampia facoltà di conciliare il diritto di proprietà coi maggiori vantaggi dell'agricoltura e della industria, che certamente può giungere fino ad espropriare l'uno o l'altro dei proprietari confligenti, mediante la debita indennità. E si noti che la giurisprudenza nostra ha anche ammesso una certa larghezza di interpretazione delle espressioni *irrigazione de' beni, giro di edifizi*, adoperate nel primo capoverso dell'articolo. Vedansi Cassazione di Palermo, 10 novembre 1872 (*Gazz. trib.*, di Genova, 1883, I, 378), e 11 giugno 1885 (*Foro it.*, 1885, I, 228); Cassazione di Roma, 13 maggio 1878 (*Ib.*, 1878, I, 645); Cassazione di Napoli, 7 novembre 1876 (*Ib.*, 1877, I, 407) e 24 marzo 1888 (*Ib.*, 1888, I, 648). È egli possibile immaginare disposizioni di legge più eccezionali, più contrarie alla *juris ratio*, e, conseguentemente, più ripugnanti a estensiva interpretazione? Non è davvero necessario spingersi sino al punto di ritenere che l'articolo 578 autorizzi il proprietario, che corre pericolo di danno, a spiegare l'azione possessoria di danno temuto contro l'autore di questo, per ravvisare in esso articolo quel carattere eccezionale, di cui vado parlando. Opinione questa, che aveva adottato bensì la Cassazione di Palermo in una sentenza 23 febbraio 1876, e che avevano seguìto Tribunali e Corti d'appello meridionali, ma che quella stessa Cassazione ebbe a ripudiare più tardi (V. Scandurra-Sampolo, *op. cit.*).

Leggesi nella citata sentenza della Cassazione di Torino, 20 luglio 1877: " non si comprende come potrebbe sostenersi che, allorquando l'acqua, dopo percorso un lungo tratto sotterra, zampillò in un fondo, e il proprietario di questo fondo la raccolse in un fontanile, in una vasca, in un serbatoio, quell'acqua debba essere rispettata, il vicino non possa impadronirsene, praticando *emungimenti*; che però egli possa, risalendo più in su, praticare scavi sì profondi, che taglino la vena dell'acqua, per cui, esaurita quella raccolta nel fontanile, nella vasca, nel serbatoio, il proprietario, che prima godeva di quell'acqua, debba rimanerne per sempre privo ". Ma ciò sarebbe veramente incomprensibile se si trattasse di fare o di rifare l'art. 578; ma come questo articolo non può, senza fraintendere e trasfigurare affatto il suo testo, essere riferito ad altro che agli *emungimenti*, ciò che di fatto non si arriva a comprendere gli è che, nonostante codesto insuperabile ostacolo, si voglia l'articolo riferire, oltre che agli *emungimenti*, anche alle *recisioni* di vene d'acqua nei fondi superiori. Quando poi la Cassa-

zione di Torino afferma che l'art. 602 del Codice Albertino contempla *tutti i modi* con cui può recarsi pregiudizio a' fontanili, cavi o canali già esistenti, e che esso articolo vuole far salvi i diritti degli altri proprietari che primi scopersero ed utilizzarono l'acqua, essa adopera espressioni che in quell'articolo non si trovano affatto!

Come va egli, del resto, che la interpretazione estensiva dell'articolo 602 del Codice Albertino non è mai stata seguìta dalla giurisprudenza sarda? Almeno io non ho trovato finora citata una sentenza di tribunali sardi in pro della tesi che combatto, ne' tanti scritti e giudicati pubblicati finora intorno alla questione. Eppure l'art. 578 del Codice civile italiano non differisce dall'art. 602 del Codice Albertino, se non in poche parole e frasi, che non racchiudono alcun diverso e nuovo concetto, nè di fatto, nè di diritto. Anche questo riflesso può valere come validissimo argomento in favore della tesi da me propugnata.

E osservisi inoltre che per avere il nostro codice, seguendo l'Albertino, abbandonato il sistema delle distanze fisse onde prevenire i pericoli di danno in discorso, — sistema che il Romagnosi (*Çond. delle acque*, vol. III, pag. 264) aveva approvato, che il Giovanetti, autore principale dell'art. 602 del Codice Albertino, aveva dapprima condannato, ma poi ebbe egli pure ad accettare (*op. cit.*, n. XXXIII), che gli Statuti di Milano ed altri avevano seguìto, che il progetto Pisanelli del Codice civile italiano (art. 540) aveva mantenuto, e che prima la legge italica del 1804, e, dopo di questa e in omaggio a questa legge, l'art. 602 Codice Albertino abbandonò — quelle difficoltà pratiche, quella frequenza di liti per constatare la causa del danno, che autorevoli uomini hanno addotto contro siffatto sistema, raggiungerebbe appunto il massimo loro grado quando e se con tale sistema si dovesse constatare anche il danno proveniente da *recisione* di vena d'acqua più o meno remota dal fondo danneggiato.

Come ho già sopra osservato, i *motivi* della legge sogliono venire addotti tanto dai fautori, quanto dagli avversari della tesi che io vado propugnando. Prima però di venire a particolari su codesto punto, è da osservare che se, nel caso, come ho dimostrato, l'articolo 578 del Codice civ. it., è in tal guisa e così chiaramente concepito, da escludere affatto l'interpretazione che io vado combattendo, vano apparisce il tentativo di interpretarlo diversamente

per via dei *motivi* della legge; tanto vano codesto tentativo, quanto l'altro che si diparte da considerazioni teoriche di pratica utilità. Sarà uno dei casi codesto ai quali si applica il canone giurisprudenziale che i *motivi* della legge non sono legge. Avrà il legislatore detto meno di ciò che avrebbe voluto dire: ma ciò che ha detto, e chiaramente e ineccepibilmente detto, deve accertarsi e rispettarsi tal quale, senza farsi altri scrupoli di sorta. Ma come stanno precisamente le cose in fatto di *motivi* dell'art. 578?

Veramente la Commissione senatoria, che propose il ritorno all'art. 602 del Codice Albertino, abbandonando il sistema delle distanze fisse, accolto nell'art. 540 del progetto Pisanelli, rappresenta così la fattispecie avuta di mira dal legislatore: " un altro proprietario, facendo egli pure escavazioni od altre opere nel proprio fondo, situato superiormente od in altra propizia posizione, sebbene tali opere siano fatte a distanza legale, viene a privarlo in tutto o in parte della medesima acqua, *intercettandone* il corso, ed utilizzandola pel suo fondo medesimo, *od altrimenti* (V. Gianzana, *op. cit.*, pag. 430). Le quali parole comprendono manifestamente tanto il caso della *recisione* d'una vena d'acqua utilizzata da un proprietario inferiore, quanto l'*emungimento* dell'acqua del vicino. Ma i veri e più concludenti motivi dell'art. 578 del codice civile sono quelli dell'art. 602 del Codice Albertino, al quale articolo il 578 italiano è identico.

Ora, nel seno della Commissione che ebbe ad elaborare il progetto del Codice Albertino, il Guardasigilli, riassumendo il comune pensiero, non parlò d'altro che di *emungimenti*, e soltanto in relazione a questi espose il prò ed il contro del sistema delle distanze fisse. Anche per questa ragione l'art. 602 del Codice Albertino, non poteva, nè di fatto ha potuto mai essere applicato alle *recisioni di vene d'acqua* nei fondi superiori, e quindi neppure può venire in tal guisa inteso e applicato l'art. 578 del Codice civile italiano.

Ed è pure un motivo dell'art. 602 del Codice Albertino e dell'art. 578 del Codice civile italiano, e dell'interpretazione loro da me propugnata, la consonanza di questa coll'anteriore secolare tradizione giuridica e giurisprudenziale. Di *emungimenti* soltanto, come ho già notato, era discorso negli Statuti lombardi, che risalgono fino al secolo decimoquarto, nella legge italica del 1804, d'onde fu

tratto l'art. 602 del Codice Albertino. Di *emungimenti* soltanto hanno parlato tutti gli scrittori italiani che trattarono la materia, dal CARPANI al GOBBIO, al PECCHIO, al ROMAGNOSI, al GIOVANETTI. Qual meraviglia che il legislatore italiano, seguendo il legislatore sardo, abbia continuato una tradizione tanto antica e tanto autorevole?

Oggi ancora in Italia, come è sempre stato da secoli, chi scopre una vena d'acqua nel proprio fondo può tutta utilizzarla per sè, deviandone il corso ove ciò gli sia necessario a danno talvolta, pur troppo, dei proprietari inferiori, che di quell'acqua già facevano uso. Ciò dice del resto chiaramente anche l'art. 540 Cod. civ. it.: " chi ha una sorgente nel proprio fondo può usarne a piacimento, salvo il diritto che avesse acquistato il proprietario del fondo inferiore in forza di un titolo o della prescrizione ". È bensì vero che il successivo art. 542 *limita* il disposto dell'art 540, in prò degli abitanti di un Comune o di una frazione di Comune, cui l'acqua sia necessaria, salvo però al proprietario di questa il diritto di essere indennizzato ove quelli non abbiano acquistato con altro titolo l'uso dell'acqua, o prescritto a proprio vantaggio il diritto a quest'uso. Ma finchè il legislatore non arrecherà altra esplicita eccezione che questa al generale principio dell'art. 540, non avrà mai ragione giuridica un proprietario inferiore di insorgere contro il superiore che abbia reciso, cioè in qualunque modo e per qualunque scopo deviato una vena d'acqua fluente naturalmente dal fondo suo nel fondo inferiore, e in questo utilizzata.

Potrebbe certamente, e anzi lo ripeto, dovrebbe, il legislatore statuire per le *recisioni* di vene d'acqua provvedimenti analoghi a quelli statuiti nell'art. 578 per gli *emungimenti*. Potrebbe e dovrebbe nell'un caso mitigare il rigore del diritto attuale, come nell'altro caso ha mitigato le note leggi romane: l. 1, § 12 (1), l. 21 Dig. *de aqua et aq. pluv. arc.* (2), facendo così spiccare vie-

---

(1) ...... Cum eo qui, in suo fodiens, vicini fontem everterit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.

(2) Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas

maggiormente nel nostro diritto italiano delle acque quel carattere di equità, che lo ispira e lo distingue da tutte le altri parti della legislazione. Ma finora egli non ha usato di questa sua facoltà, e la discussione *de lege lata* non deve degenerare in una discussione *de lege ferenda*.

---

incideris, et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse di nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris.

Se in diritto italiano, alienata l'enfiteusi perpetua o temporaria, l'enfiteuta alienante possa rimanere obbligato al pagamento del canone.

Questa quistione è stata affermativamente risoluta da parecchie sentenze di appello, p. es.: Palermo, 7 aprile 1875 (*Giorn. trib.*, Milano, 1875, 382), Brescia, 17 maggio 1871 (*Ann.*, 1871, 405), Catania, 5 aprile 1870 (*Bettini*, 1870, 266) e 9 febbraio 1875 (*Ivi*, 1875, 244), dalla Cassazione di Torino, 20 maggio 1887 (*Foro it.*, XII, 803), dalle S. U. della Cassazione di Roma, febbraio 1893 (*Giur. it.* 1893. I, 1, 379), e dalla stessa Cassazione, 5 maggio 1896 (*Ib.*, 1896, I, 1, 605). Fu invece risoluta negativamente da cinque sentenze della Cassazione di Roma: 28 marzo 1878 (*Foro it.*, 1878, I, 454); 16 aprile 1878 (*Ib.*, Rep. 1878, voce *Enfiteusi*, n. 65); 11 giugno 1878 (*Ib.*, n. 66); 9 maggio 1881 (*Foro it.*, 1881, I, 419); 6 aprile 1883 (*Ib.*, Rep. 1883, voce *Fondo culto*, n. 41), da sei sentenze della Cassazione di Palermo: 16 novembre 1873 (*Gazz. proc.*, IX, 103); 31 gennaio 1873 (*Circ. giur.*, 1873, 68); 25 giugno 1873 (*Legge*, 1873, I, 946); 10 gennaio 1874 (*Bettini*, 1874, 82); 30 gennaio 1895 (*Giorn. trib.*, Milano 1875, 381); 8 febbraio 1896 (*Foro it.*, 1896, p. 416); dalla Corte d'appello di Napoli, 21 ottobre 1895 (*Giur. it.*, 1896, I, 1, 388); dalla Corte di Casale, 20 maggio 1887 *Foro it.*, XII, 807); dalla Cassazione di Torino, a Sezioni riunite, 24 febbraio 1888 (*Ib.*, XIII, 1, 343); dalla Cassazione di Napoli, 27 agosto 1904 (*Mon. trib.*, 1905, 111).

Essa è dunque una quistione dibattutissima codesta, non solo, ma nella quale persino più Corti di Cassazione furono in epoche

diverse di differente avviso. Come tale essa deve da ogni giurista venire studiata nel più accurato modo possibile.

Io osservo anzitutto che nel trattarla devesi prescindere da tuttociò che non appartiene ad una rigorosa interpretazione del diritto vigente. Non si può disconoscere infatti che il reputare svincolato l'enfiteuta dagli obblighi suoi personali, in virtù di un' ultronea alienazione dei beni enfiteutici, sia tesi favorevole al poco equo intendimento di sottrarsi ad impegni contrattuali precedentemente assunti. Ma questo riflesso non parmi che possa di per sè solo consigliare il rifiuto di quella tesi, senza aver prima ben considerato se veramente il regime dell'enfiteusi, quale è statuito dal vigente Codice civile italiano, non escluda affatto, per l'indole e l'essenza sua, ogni e qualunque restrizione o condizione alla facoltà dell'enfiteuta di deporre questa qualità, alienando il fondo enfiteutico per sola propria volontà. Che se ciò fosse, non varrebbe affatto lo addurre in contrario l'anzidetto inconveniente pratico, attesi i noti aforismi: *dura lex, sed tamen lex; — adducere inconveniens non est solvere argumentum.*

Affermando che soltanto con una spassionata e rigorosa interpretazione del vigente diritto italiano la quistione dev' essere risoluta, intendo di escludere, in particolare, che, se per avventura cotale interpretazione lasci qualche dubbio, questo si possa col soccorso del diritto comune dissipare. Imperocchè, avendo l'istituto dell'enfiteusi subìto nel diritto civile italiano sostanziali innovazioni, non è possibile in tesi generale continuare a ravvisare nel diritto comune una fonte sussidiaria di quel diritto in ogni punto del giure enfiteutico che la legge positiva non regoli, senza correre rischio di adattare alla nuova enfiteusi italiana caratteri ed effetti, che discordano dall'essere suo, quale dalle dette innovazioni risulta, e che convenivano soltanto all'enfiteusi anteriore, che ora più non esiste tal quale in Italia.

Uno dei principali argomenti adoperati per ritenere la persistenza dell'obbligo personale in discorso, non ostante l'alienazione dell'enfiteusi *irrequisito domino,* consiste nel principio generale di diritto, che un contraente non può, senza il concorso e il consenso dell'altro, sciogliersi dai vincoli pattuiti.

L'argomento è buono, ma troppo buono; e parmi questo un caso classico fra quelli in cui si dice: *chi troppo prova nulla prova.* E di vero, anche quando era dalla legge richiesto il consenso del domino

diretto per la valida alienazione del fondo enfiteutico, nel diritto romano in particolare, il suddetto principio non veniva rigorosamente applicato all'obbligo personale dell'enfiteuta alienante *requisito domino*. Come si legge nella l. 3. Cod. *de jure emphyt.*, il domino diretto non poteva rifiutarsi di riconoscere il nuovo enfiteuta denunziatogli, se non dentro due mesi dalla notifica dell'alienazione, o per esercitare il diritto di prelazione, oppure giustificando la poca fiducia nella puntualità di quella persona a pagare il canone, e, all'infuori di queste condizioni, egli era costretto *(necessitatem habere dominum)* a riconoscere il nuovo enfiteuta, rimanendo contemporaneamente liberato da obbligo personale l'enfiteuta precedente ed alienante. Or come mai codesto *necessitatem dominum habere*, codesto proscioglimento dell'enfiteuta dal suo obbligo personale per virtù di un fatto tutto suo proprio ed ultroneo, quale è l'alienazione dell'enfiteusi, si conciliano col generale principio che i vincoli contrattuali si possono togliere soltanto col consenso di ambe le parti contraenti? I giureconsulti dei secoli andati erano tanto poco penetrati della applicabilità delle generali norme intorno alla estinzione delle obbligazioni contrattuali all'obbligo dell'enfiteuta, che ammettevano potere il giudice costringere il domino diretto a riconoscere il nuovo enfiteuta, e quindi a prosciogliere l'enfiteuta precedente da ogni obbligo personale, se non erano fondati i motivi addotti per rifiutare quel riconoscimento. Ed anche l'altra dottrina, prevalsa pure nella giurisprudenza del diritto comune, che nelle enfiteusi costituite a titolo oneroso il consenso alla alienazione della efiteusi si abbia per implicito in quella medesima costituzione, e non occorra riceverlo a parte (Poggi, *Sistema livellare*, II, 626), come si concilia col preteso principio che l'enfiteuta non possa venire prosciolto dall'obbligo personale, se non concorrendo a tal fine la volontà di lui con quella del domino diretto? Risponde forse alla dottrina generale delle obbligazioni il patto che taluno rimanga obbligato verso di un altro, finchè a lui non piaccia sostituire un terzo nell'obbligo suo?

Evidentemente l'enfiteusi del diritto romano e comune era un negozio *sui generis*, non meno rispetto ai modi di prosciogliere l'enfiteuta, e in particolare il primo stipulante l'enfiteusi, dall'obbligo personale, che in tutte le altre parti del suo interno regime. Or se l'enfiteusi italiana odierna è, per così dire, ancor più *sui generis* dell'antica, come tutti sanno, quale aspetto assume il pro-

posito di risolvere rispetto ad essa la questione concernente la durata e il modo di cessazione dell'obbligo personale dell'enfiteuta, od altra quistione qualunque, colla sola autorità del generale principio che i vincoli contrattuali non possono da un contraente venire ripudiati senza il consenso e il concorso dell'altro? Come nell'enfiteusi romana e nel diritto comune l'invocato generale principio non si applicava rigorosamente, può egli forse escludersi *a priori* che nell'enfiteusi italiana odierna, tanto diversa dall'antica, quel principio non riceva una ancor più ristretta applicazione; che, cioè, mentre nel diritto anteriore la libertà dell'assenso del domino diretto all'alienazione dell'enfiteusi era talmente condizionata e limitata, da potersi risolvere in un *necessitatem habere accipere emphyteutam*, nell'italiana odierna invece quella libertà non esista del tutto? Potrebbe egli forse ravvisarsi in codesta innovazione un mostro giuridico? Sono tanti gli aspetti delle istituzioni, e di questa in particolare dell'enfiteusi, tanti e così vari e variabili gli interessi privati e pubblici che vi si collegano, da doversi reputare temeraria l'opinione che non possa un legislatore trovare opportuno l'abbandonare l'istituto dell'assenso del domino diretto all'alienazione dell'enfiteusi, e alla cessazione dell'obbligo personale dell'enfiteuta, in vista di un maggior vantaggio, se non privato, pubblico, che gli sembri provenire da una pienissima libertà di alienare accordata all'enfiteuta.

La questione vuol dunque, lo ripeto, essere studiata e risoluta non in virtù di astratte e aprioristiche premesse, ma ponendo mente alla lettera e allo spirito del diritto positivo italiano.

Vi ha però chi dal silenzio dell'art 1562 del Cod. civ. italiano intorno al consenso del domino diretto all'alienazione della enfiteusi argomenta valere in proposito ancora i canoni più generali del diritto.

Codesta argomentazione mi sembra del tutto infondata. Non ogni silenzio del legislatore infatti su di un dato punto di diritto, è di per sè solo ragion sufficiente per ammettere una vera e propria lacuna nella legge scritta. Vi hanno anche silenzi di legge che significano esclusione, inammissibilità di una data quistione, perchè questa sia affatto incompatibile con ciò che la legge ha detto e statuito chiaramente su altri punti. Di tali silenzi abbonda ogni codice civile. Imperocchè tutte le volte che il legislatore statuisce un dato principio, esclude implicitamente ogni altro principio incom-

patibile con questo, e quindi rimane in silenzio sulle questioni a cui questi altri principii avrebbero potuto dare occasione. Ed anzi impropriamente si chiamano silenzi del legislatori codesti, anzichè discorsi chiari e completi, se pure si pone ben mente a ciò che il legislatore ha detto, e quindi a ciò che, dicendo, egli ha in pari tempo negato od escluso. Ora uno di tali silenzi è appunto quello accennato dianzi.

A mio avviso il legislatore italiano ha tolto ogni fondamento all'obbligo personale dell'enfiteuta alienante, perchè ha abolito l'antico canone dell'interpellazione del domino diretto per l'alienazione dell'enfiteusi. La mancanza della quale interpellazione, l'alienazione della enfiteusi *irrequisito domino*, lasciavano sussistere nell'enfiteuta alienante l'obbligo personale.

Per qual ragione infatti il diritto romano e comune ciò disponevano?

La ragione si è che quella alienazione, in tali circostanze fatta, si aveva per nulla e non avvenuta. E tanto per nulla e non avvenuta si aveva, che il domino diretto poteva benissimo agire contro l'enfiteuta, anzichè coll'azione *enfiteuticaria*, con quella di caducità o di devoluzione, ed anche poteva agire colla rivendicazione contro il terzo acquirente, la quale ultima azione, come osserva l'illustre Poggi (*op. cit.*, II, 851), non è in sostanza differente dalla stessa azione di caducità. Ed era appunto condizione dell'azione personale *emphyteuticaria* contro l'enfiteuta alienante *irrequisito domino*, il rinunciare il domino diretto all'azione di caducità e all'azione rivendicatoria, contro l'enfiteuta alienante e contro l'alienatario e qualunque terzo possessore. In altri termini, l'obbligazione personale dell'enfiteuta, persistente dopo l'alienazione *irrequisito domino*, era nel diritto romano e comune collegata inseparabilmente colla continuata qualità di enfiteuta in quella persona, cioè colla continuata qualità di possessore nella medesima. Gli è ciò che intende il Fabro in un passo citato dalla stessa Cassazione torinese, nel quale è detto: *quia dolo malo videtur possidere desiisse qui alienavit non requisito domini consensu.*

Nè si comprenderebbe come nell'enfiteusi romana avesse potuto il domino diretto agire *ex contractu* contro l'enfiteuta alienante *irrequisito domino*, e contemporaneamente rivendicare la cosa dall'acquirente. Imperocchè, se il domino diretto rivendica il fondo dal nuovo possessore, certamente lo rivendica per sè, e non già per il

primo enfiteuta, e, diventato egli possessore dei beni enfiteutici, è assurdo che pretenda il pagamento del canone dal primo enfiteuta, che non possiede più quei beni, e quindi non è più neppure enfiteuta. Ragion per cui, insegna il Poggi, come dissi sopra, che, l'azione di rivendicazione dell'enfiteusi alienata *irrequisito domino* non differisce, quanto all'effetto, dall'azione di caducità.

Ciò è appunto quello che non avvertono i propugnatori della tesi che io ripudio. Essi vanno immaginando e rappresentando l'azione personale del domino diretto contro l'enfiteuta secondo il gius romano, come un' azione che possa andare disgiunta dal possesso dei beni per parte del secondo. È questo un gravissimo errore. E prima di me lo hanno rilevato le sentenze di cassazione, e le non poche sentenze d'appello che stanno per la tesi che io vado propugnando. Fra le altre sentenze, quella della Cassazione di Roma, 28 marzo 1878, in causa Finanze-Cavallaro, ha posto, a mio credere, la vera dottrina intorno al legame intercedente fra l'azione enfiteuticaria e il possesso dei beni enfiteutici. " È solo in forza del diritto reale di enfiteusi, che sorgono i rapporti personali fra concedente ed enfiteuta quanto al pagamento del canone. Perciò, cessato il diritto reale, anche l'azione personale non può più sussistere. Questi principii della romana legislazione erano seguìti anche nel caso che l'enfiteuta *per dolo* più non possedesse il fondo enfiteutico, e per finzione lo si riteneva ancora possessore, e quindi obbligato al canone, giusta la L. 131 Dig. *de reg. jur.* „. E il Fabro (*De jure emphyt.*, def. 7, 19) ha pure formulato la stessa verità nel seguente passo, che non potrebbe essere più appropriato al mio presente assunto: " obligatio emphyteutae est quidem personalis, " quia nascitur ex stipulatione, sed tamen non alia de causa con- " trahitur, quam quia is rem emphyteuticam possidet, ideoque, " cum non competat nisi quatenus contra possessorem, non potest " superesse adversum eum qui desiit possidere, si nulla ei culpa " objici potest „.

Ora, se per diritto romano non esiste, nè è possibile l'obbligazione personale dell'enfiteuta che ha alienato i beni enfiteutici *irrequisito domino*, nei casi in cui questa alienazione conserva il suo effetto a vantaggio del nuovo possessore, come si potrà invocare l'autorità di quel diritto per ritenere che nell'odierno giure italiano, il quale ha per valida in ogni caso l'alienazione dei beni enfiteutici senza il consenso del direttario, rimanga non ostante

vincolato al pagamento del canone l'enfiteuta, che senza quel consenso ha alienato quei beni, e al quale, secondo il linguaggio del Fabro, *nulla culpa objici potest*? E se per diritto romano l'enfiteuta alienante *irrequisito domino* rimane obbligato personalmente, soltanto se il domino diretto rinunzia all'azione di caducità, come si potrà importare tale principio nel diritto italiano, il quale, come non ammette azione di caducità dell'enfiteuta per quel titolo, neppure può ammettere che, dopo l'avvenuta alienazione dei beni enfiteutici, l'enfiteuta possa rimanere tale?

Altrettanto sicuramente io credo che si possa affermare e dimostrare inconciliabile affatto coll'indole e coll'economia dell'odierno diritto enfiteutico italiano, per sè medesimo considerato, e prescindendo affatto dall'esempio romano, che del resto non esiste punto, la pretesa persistenza dell'obbligo personale dell'enfiteuta che abbia alienato l'enfiteusi *irrequisito domino*.

Dov'è, domando io anzitutto, nel Codice civile italiano, nonchè una disposizione esplicita, un appliglio qualunque, per quanto indiretto, onde, non già distinguere, ma separare affatto l'obbligazione personale dell'enfiteuta dal diritto reale enfiteutico? Nulla in proposito dice il codice, e certamente questo non ha voluto maggiormente esporre tutta la dottrina giurisprudenziale dell'enfiteusi, che non soglia e non sia ufficio suo di ciò fare rispetto a qualunque altro giuridico istituto. Il legislatore italiano si è rimesso in quel proposito, come in tanti altri, ai suggerimenti della ragione e della scienza. Ora queste insegnano e hanno sempre insegnato che quell'obbligo e quel diritto sono distinti bensì nel loro concetto, ma intimamente collegati e inseparabili nell'origine e nel fondamento.

Si vuole che l'enfiteuta non possa emanciparsi dall'obbligo suo personale, alienando senza il consenso del direttario; ma non è ella appunto una novità del diritto enfiteutico italiano, che l'enfiteuta possa alienare i beni enfiteutici come tali, di sua propria e sola volontà? È egli possibile, che, facendo uso di un diritto conferitogli dalla legge, l'enfiteuta italiano debba essere trattato come se avesse contravvenuto alla legge, cioè come lo trattava il gius romano, che quel diritto non gli dava, e aveva per nulla l'alienazione *irrequisito domino*, se il domino diretto fondatamente la impugnava?

Che cosa è la valida alienazione dell'enfiteusi? Ella è di certo

il passaggio della qualità di enfiteuta dall'alienante all'acquirente; ora se il diritto romano esigeva il consenso oppure l'infondata opposizione del domino diretto affinchè quella alienazione fosse valida, e il Codice civile italiano non esige invece quel consenso, egli è chiaro che l'effetto dell'alienazione deve essere lo stesso nell'un caso e nell'altro, cioè: cessazione dell'obbligo personale e del diritto reale nell'enfiteuta alienante, e passaggio di quell'obbligo e di quel diritto all'acquirente diventato nuovo enfiteuta. Non è lecito nella giurisprudenza enfiteutica discorrere di alienazione arbitraria dell'enfiteusi, e considerarla differentemente da quello che la scienza del diritto ha sempre considerato l'alienazione dell'enfiteusi *irrequisito domino*. Ma dacchè esiste giurisprudenza enfiteutica fu sempre ritenuto che siffatta alienazione non faccia cessare l'obbligazione personale dell'alienante. Ora, poichè il nuovo diritto italiano riconosce valida siffatta alienazione, dunque non può essere dubbio, che essa alienazione faccia cessare nell'enfiteuta alienante l'obbligazione personale.

Parmi una vera aberrazione della giurisprudenza, questo voler far entrare nel discorso intorno alla nuova enfiteusi italiana un elemento del tutto estraneo ad essa, il consenso o l'ingiustificato dissenso del domino diretto all'alienazione dell'enfiteusi, e il farvelo entrare in modo del tutto repugnante alle dottrine e tradizioni della giurisprudenza universale, la quale dipartendosi, e soltanto dipartendosi dal presupposto che quel consenso o ingiustificato dissenso, sia necessario alla validità di quella alienazione, ha sempre insegnato, che, in difetto di essi l'obbligo personale dell'enfiteuta continui a sussistere, e non già soltanto pei canoni arretrati, ma altresì per quelli avvenire.

Che se il generale principio, nessuno potere da sè prosciogliersi da un obbligo contrattuale, si volesse a forza adoperare onde sovvertire tutta quanta l'economia dell'enfiteusi odierna italiana, per qual motivo lo si applicherebbe soltanto all'obbligo personale dell'enfiteuta, e non anche al diritto reale dell'acquirente? È forse meno in contraddizione con quel generale principio il surrogare di sola volontà propria un altro a sè medesimo nel diritto reale d'enfiteusi, che il surrogarlo nell'obbligo personale del pagamento del canone enfiteutico? Non proviene quel diritto insieme a quest'obbligo da un solo e medesimo contratto? Uniti sono quel diritto e quest'obbligo, come nell'origine loro, così pure nelle ulteriori vi-

cende e trasmissioni, e quando e dove passa l'uno, passa anche l'altro, e, in particolare, alla facoltà di alienare di sola volontà propria i beni enfiteutici non può non andar congiuta la facoltà di trasmettere ad un altro anche l'obbligo personale del canone.

Vengo ora a considerare le conseguenze giuridiche della dottrina che io combatto, per dimostrare, anche da questo punto di vista, l'incompatibilità della medesima col positivo diritto enfiteutico italiano.

Se per avere, non già ripudiato l'obbligo suo personale, ma alienato legittimamente, benchè di sola sua volontà, l'enfiteuta italiano deve non ostante rimanere obbligato alla prestazione del canone, ne conseguirà che il direttario potrà pretendere il pagamento del canone da due persone, cioè dall'enfiteuta alienante, e dall'alienatario. Ciò non può essere dubbio, attesochè l'acquirente l'enfiteusi è certamente enfiteuta, non appena l'alienazione abbia i caratteri voluti dalla legge, fra i quali caratteri non figura, pel vigente diritto italiano, il consenso del direttario (art. 1562 Cod. civ. ital.), e, per conseguenza, chi ritiene obbligato personalmente l'enfiteuta, non ostante che questi abbia alienato validamente l'enfiteusi, deve necessariamente aggiungere codesto obbligo a quello che per lo stesso oggetto impone la legge all'enfiteuta nuovo.

Ora chi può credere che il legislatore italiano abbia, non che voluto, reso possibile, e non escluso invece affatto, che nello applicare le nuove sue disposizioni sull'enfiteusi, si potesse mai venire all'assurda conseguenza di avere in una medesima enfiteusi due obbligati al canone, l'enfiteuta nuovo e l'enfiteuta precedente? E come mai, nessuno dei sostenitori della dottrina, che io combatto, ha posto mente a siffatta conseguenza?

O forsechè, se l'avessero avvertita, sarebbe stato loro possibile di apportarvi qualche rimedio, compatibile col positivo disposto del Codice civile italiano? Dato cioè che debba l'enfiteuta alienante *irrequisito domino* prestare il canone, nonostante che per diritto italiano l'alienatario sia vero e solo enfiteuta, si potrebb'egli escogitare qualche mezzo giuridico onde esimere il secondo enfiteuta dallo stesso obbligo verso il direttario?

Questa quistione è stata posta e risoluta sapientemente dalla Corte di cassazione di Roma nella citata sentenza 9 maggio 1881.

Afferma la Corte che il solo modo di evitare la mostruosità di due distinte obbligazioni, in due differenti persone, al pagamento

del canone enfiteutico, ossia nella persona dell'enfiteuta alienante *irrequisito domino*, e in quella dell'alienatario, consisterebbe nel fare del primo un creditore del secondo. Ma con questa soluzione, osserva la Corte, " oltre che si verrebbe a contrariare lo scopo che si prefisse il legislatore nel volere la libera contrattazione del fondo enfiteutico, si urterebbe altresì nel divieto espresso dalla legge, la quale, permettendo l'alienazione dell'enfiteusi, proibisce però assolutamente la *subenfiteusi*; ed una *subenfiteusi* verrebbe in effetto a costituirsi, quando si ammettesse che l'investito, pure alienando il fondo, continuasse ad essere debitore del canone verso il direttario, divenendo egli alla sua volta creditore dello stesso canone verso il terzo acquirente ".

Sapiente responso codesto, ho detto dianzi, e davvero non è possibile eccepir nulla in contrario. Se il pagamento del canone non può in nessun caso venir preteso da due persone, chi afferma che l'enfiteuta deve il canone anche dopo avere alienato legittimamente i beni enfiteutici, e non può in pari tempo negare che anche il nuovo enfiteuta lo debba, appunto perchè è diventato legittimamente tale, non ha manifestamente altra via di conciliare questa conseguenza con quella premessa, fuorchè di convertire la prima obbligazione nella seconda, cioè di far servire questa a compensare quella, facendo creditore del secondo enfiteuta non già il direttario, ma l'enfiteuta primo, onde questi venga rimborsato dal secondo enfiteuta del canone pagato al direttario. Da questa conclusione non si esce, date le premesse; ma qual natura, qual nome può attribuirsi alla relazione giuridica in tal guisa posta in essere fra il primo enfiteuta e il secondo, se non quello di *subenfiteusi*? Imperocchè si avrebbero due enfiteuti, e un direttario solo e una enfiteusi sola; e il secondo enfiteuta dovrebbe al primo ciò che questi dovrebbe al direttario, cioè il pagamento di un solo e medesimo canone. E sarebbe questo un sistema, un edificio giuridico, inventato di sana pianta dai giureconsulti, espressamente e assolutamente proscritto dall'art. 1562 capov. ult. di quel codice, dove si legge: la *subenfiteusi non è ammessa*.

Dimostrato in tesi generale essere insostenibile non solo, ma inconcepibile nell'odierno diritto italiano la persistenza dell'obbligo personale dell'enfiteusi dopo l'alienazione dei beni enfiteutici *irrequisito domino*, sia perchè quel diritto esclude la condizione a cui un tale obbligo era alligato nel giure romano, cioè la caducità del-

l'enfiteuta, sia perchè quel diritto esclude tanto il necessario, ma assurdo effetto di opinione siffatta, cioè la duplicità dell'obbligato al canone, quanto il solo logico rimedio a quel medesimo effetto, cioè la subenfiteusi, resta ora a vedersi se tutta la esposta argomentazione non convenga per avventura soltanto all'enfiteusi perpetua, e non anche all'enfiteusi temporanea, quale sarebbe appunto quella cui si riferisce taluno dei giudicati ricordati sopra, e per es. quello della Corte di Casale, 20 maggio 1887.

Veramente nessun giudicato desume dalla temporaneità dell'enfiteusi un argomento in favore della tesi che io combatto, ma potrebbe a taluno a prima giunta sembrare che l'inconveniente suaccennato, della duplicità dell'obbligato al canone, nell'enfiteusi temporanea potesse togliersi di mezzo senza ricorrere ad una subenfiteusi, cioè soltanto per via di un' azione di rimborso del primo enfiteuta, o dei suoi eredi, verso l'alienatario dei beni enfiteutici, o gli eredi di questo.

Ma se ben si consideri, anche questa è una opinione inammissibile.

L'enfiteusi, infatti, può essere tanto temporanea, quanto perpetua; lo dice espressamente l'art. 1556 del Codice civile italiano. E tanto per l'una quanto per l'altra valgono gli stessi principii, poichè il codice non pone nessuna intrinseca differenza fra l'una e l'altra. Come nell'enfiteusi perpetua, così pure in quella temporanea l'enfiteuta può alienare di sola volontà propria, e senza darne avviso al direttario, e quindi una tale alienazione fa passare la qualità di enfiteuta nell'alienatario, e la fa cessare nell'alienante, e insieme a tal qualità fa cessare in costui anche l'obbligo personale del pagamento del canone. Vi ha quindi la stessa impossibilità nell'enfiteusi temporanea, come nella perpetua, che l'enfiteuta alienante rimanga personalmente obbligato al pagamento del canone, dopo avere validamente alienato i beni enfiteutici per sola volontà propria. Impossibilità cioè di conciliare siffatto obbligo colla validità dell'alienazione, colla inammissibilità dell'azione di caducità o di rivendicazione del domino diretto contro l'enfiteuta alienante, o contro il terzo che ha acquistato da lui. Impossibilità inoltre di due distinte e indipendenti obbligazioni personali nell'enfiteuta alienante e nell'alienatario, ed anche di riparare a codesta assurda conseguenza, costituendo il secondo enfiteuta debitore del primo, a modo di subenfiteuta. E quanto a quest'ultimo punto, non sa-

rebbe maggiormente possibile nell'enfiteusi temporaria, che in quella perpetua, sfuggire ad una vera e propria subenfiteusi, proibita esplicitamente dall'articolo 1562, ricorrendo ad una semplice azione di rimborso dell'enfiteuta alienante contro il suo successore. Imperocchè anche dell'enfiteusi temporaria parecchie successive alienazioni si possono dare, ma il singolo alienante non può rivolgere l'azione di rimborso contro l'avente causa dal suo alienatario, o contro gli alienatari posteriori al secondo, colle quali persone tutte egli non ha nessun vincolo personale. Soltanto rispetto al primo alienatario potrebbero i propugnatori dell'opinione che io combatto, desumere in qualche modo l'obbligo del rimborso dalla stessa alienazione, a cui si attribuisse l'effetto che l'acquirente e debitore del canone non debba però pagare direttamente al domino diretto. Ma rispetto agli alienatari ulteriori un ragionamento siffatto non potrebbe mai condurre ad attribuir loro un obbligo di rimborso del canone verso un alienante remoto, col quale essi non hanno contrattato, e dal quale per conseguenza essi non hanno causa. Volendo quindi non ostante ritenere che l'alienante l'enfiteusi, temporaria o perpetua, possa ripetere il rimborso del canone da un alienatario ulteriore, che non ebbe causa da lui, egli è giuocoforza attribuire a quel diritto un carattere reale, anzichè personale; e allora si ricade nella subenfiteusi vera e propria, che il Codice civile italiano dichiara non essere permessa e che la giurisprudenza civile moderna ha da lungo tempo ripudiata (Poggi, *op. cit.*, II, 613).

Mentre però io sostengo, ed ho dimostrato, essere impossibile nel Codice civile italiano l'obbligazione personale dell'enfiteuta dopo l'alienazione dei beni enfiteutici, da lui fatta secondo il disposto di quel codice, ed in particolare senza l'assenso e all'insaputa del direttario, sono lontano, come ho già accennato dapprincipio, dal disconoscere che siffatta facoltà data all'enfiteuta italiano odierno sia piena di inconvenienti, e repugnante altresì alla equità dei rapporti contrattuali fra enfiteuta e direttario.

Poichè infatti l'enfiteusi è anzitutto un contratto, devesi pur ritenere che le qualità personali, economiche sopratutto, dell'enfiteuta, siano state pel direttario un motivo determinante onde porre in essere l'enfiteusi. Che se la solvibilità del contraente è circostanza decisiva in ogni e qualunque stipulazione, nell'enfiteusi poi, oltre alla solvibilità, il direttario deve naturalmente ricercare altresì tutte quelle qualità intellettuali e morali, per cui egli si possa ri-

promettere che l'enfiteuta migliorerà davvero il fondo enfiteutico, e aggiungerà così una sempre maggiore guarentigia materiale a quella morale della propria solvibilità. Non è quindi ragionevole che, una volta conchiuso il contratto di enfiteusi, possa l'enfiteuta, il quale in virtù del suo diritto reale ha facoltà di alienare i beni enfiteutici, valersi di questa facoltà senza che il direttario possa eccepir nulla, neppure se il nuovo enfiteuta sia persona che non offra le necessarie guarentigie di solvibilità e di leale adempimento del contratto in ogni sua parte. Ed ecco perchè il diritto romano esige il consenso del domino diretto all'alienazione dell'enfiteusi, e gli dà facoltà di opporsi alla scelta che il precedente enfiteuta abbia fatto di un' enfiteuta nuovo, ove abbia giuste cause di opposizione. Codesta regola è perfettamente razionale, anzi razionalmente necessaria, e veramente essenziale al contratto di enfiteusi, attesa la sua natura e il suo spirito. Essa è parsa sempre tanto necessaria ed essenziale, che, come insegna l'illustre POGGI (*op. cit.*, I, 151), nelle stesse enfiteusi costituite a titolo oneroso, mentre non era necessario, come già notai sopra, l'assenso del domino diretto all'alienazione, reputandosi questo assenso implicito e dato una volta per sempre nello stesso originario contratto, reputavasi però riservata sempre al domino diretto l'azione per ottenere la dichiarazione della nullità dell'alienazione, qualora avesse giusti e fondati motivi per ottenerla. Che se le anzidette ragioni militano per la enfiteusi in generale, esse hanno poi una speciale importanza rispetto all'enfiteusi temporanea. Questa, essendo stipulata collo scopo di far rientrare il direttario nel possesso dei beni enfiteutici alla scadenza del contratto, manifestamente vuolsi ritenere che costui abbia un più particolare interesse alla buona coltivazione e al miglioramento dei beni enfiteutici, onde possa alla sua volta avvantaggiarsene, quando quei beni gli verranno restituiti. Per tutte queste ragioni io credo di essere fondato a ritenere e proclamare che la facoltà data all'enfiteuta odierno italiano di alienare i beni enfiteutici di sola sua volontà, senza che il direttario vi si possa opporre, per quanto buoni e gravi motivi egli abbia di diffidare della solvibilità e della lealtà del nuovo enfiteuta, è una deplorabile innovazione, ripugnante all'essenza e allo spirito del contratto d'enfiteusi, pregiudicevole al diritto del direttario, contraria all'equità e alla buona fede, specialmente nelle enfiteusi temporanee.

Ma la legge italiana vigente è tale quale tutti sanno, e pur troppo è qui il caso di ripetere ciò che io già facevo supporre al principio di questo scritto: *dura lex, sed tamen lex.*

Si capisce come in vista dei tristi ed iniqui effetti che può in pratica produrre il principio del nuovo diritto italiano, che l'enfiteuta abbia facoltà di validamente alienare i beni enfiteutici *irrequisito domino*, un giureconsulto possa sulle prime essere tentato di fare degli sforzi onde prevenire e impedire cotali effetti, ma pur troppo codesti sforzi appariscono infruttuosi non appena si fermi l'occhio sul testuale e non equivoco disposto del Codice civile italiano, e sulle logiche e giuridiche conseguenze di queste disposizioni.

Ed egli è altrettanto certo che il legislatore italiano ebbe un chiaro concetto delle sue innovazioni del diritto enfiteutico, e un deliberato proposito di adottarle.

Allorquando nel seno della Commissione legislativa fu discusso il progetto dell'art. 1562, alcuni membri proposero che venisse conservato il principio della interpellazione del direttario, prima di procedere alla vendita dei beni enfiteutici; ma la maggioranza dei commissari respinse cotale proposta. Che se si ricerchi il perchè di così ardita, e anche a mio credere deplorevole innovazione, scorgesi che fu quello stesso per cui vennero proscritti, il diritto di prelazione, e quello del laudemio, che prima spettavano al destinatario nel caso di alienazione del fondo enfiteutico. Fu il motivo cioè della più libera, facile e pronta alienazione o circolazione dei beni enfiteutici. A codesto riguardo di pubblica utilità il legislatore italiano ha creduto di dovere e poter sagrificare quelli dovuti alla giustizia, e al privato interesse dei concedenti l'enfiteusi. Può ben dirsi che il legislatore italiano non doveva far prevalere siffattamente il primo riguardo ai secondi, ma non si può disconoscere che una tale e tanta prevalenza egli abbia voluto e scientemente voluto. Era del resto dapprincipio così poco favorevolmente disposto il legislatore italiano verso l'istituto dell'enfiteusi, in vista appunto del pubblico interesse alla libera, facile e pronta circolazione dei beni, che rimase qualche tempo in forse se quest'istituto dovesse o no conservare nel nuovo codice. Onde si capisce che, decisosi una volta ad accoglierlo, egli non abbia voluto fargli grazia della vita, se non trasformandola, e mutilandola persino di una essenzialissima parte. Che se taluno qui osservi che meglio

sarebbe stato sopprimere l'enfiteusi, che non ridurla non solo quale non è stata mai, ma quale neppure si comprende come possa ragionevolmente ed equamente sussistere, io convengo appieno in codesta osservazione. A patto però che non si metta in dubbio che l'odierna enfiteusi italiana può essere venduta dall'enfiteuta, col pieno effetto di sciogliere l'enfiteuta alienante dall'obbligo personale, e di far passare quest'obbligo totalmente ed esclusivamente nella persona dell'alienatario in un col diritto reale d'enfiteusi, senza bisogno del consenso del direttario, e senza che questi vi si possa opporre per nessun motivo, per quanto giusto e grave e fondato, e che tuttociò ha voluto il legilatore italiano, interpretando a modo suo il pubblico interesse, e il rapporto fra questo interesse e le giuste esigenze e il vero interesse dei direttari.

Contro la mia precedente argomentazione insorse, fra gli altri, il chiarissimo professor SEMERARO (*Foro ital.*, XII, I, 819), e il rispetto che io gli devo mi obbliga a prendere in accurato esame le dottrine ed argomentazioni di lui.

Per il prof. SEMERARO, chi propugna la tesi della cessazione dell'obbligo personale dell'enfiteuta, che ha alienato l'enfiteusi, non ha capito affatto il diritto romano, e neppure ha ben penetrato il vero essere dell'enfiteusi. Non è già l'obbligo del canone, dic'egli, che cessa col possesso dei beni enfiteutici, ma bensì è il possesso che cessa, quando cessa il pagamento del canone. " L'obbligo del pagamento del canone dipende non già dal fatto del possesso del fondo, ma dal diritto a possederlo "; — " che tanto duri l'obbligo della prestazione, quanto dura nell'obbligato il possesso del fondo, è un principio, che nè il Diritto romano, nè il Diritto nostro ha esplicitamente enunciato "; — " che il padrone debba perdere la sua azione contro l'enfiteuta pel solo effetto della volontà di quest'ultimo, e senza essere cerziorato dell'avvenuta tradizione del fondo enfiteutico, è massima così enorme ecc. ecc. ". Ond'egli taccia di *equivoche* le dottrine che egli vorrebbe combattere.

Ma in realtà l'*equivoco* parmi tutto dalla parte del chiarissimo SEMERARO.

Equivoco è il contrapporre il detto che " il possesso cessa col cessare il pagamento del canone ", all'altro detto che " l'obbligo del canone cessa col possesso "; anzi duplice e triplice equivoco. Imperocchè anzitutto non è vero, che il possesso dei beni enfiteutici

cessa col cessare il pagamento del canone; cessa sì o no, secondo i casi. Se la cessazione del pagamento del canone è un fatto illecito, il possesso non va perciò perduto all'enfiteuta, se non ricorrendo gli estremi voluti dalla legge, e in sèguito a sentenza giudiziale. Che se il canone cessò di essere pagato, perchè l'enfiteuta ha alienato legittimamente i beni enfiteutici, allora sì che per tal motivo non è più possessore l'enfiteuta alienante, ma in tal caso, anzichè dire che la cessazione del possesso è conseguenza del cessato pagamento del canone, è a dirsi piuttosto che l'uno e l'altro cessarono insieme, e ciò per virtù di una terza causa, la quale non è altra che la volontà dell'enfiteuta alienante. E poi non è neppur vero che sia mai stato detto cessare l'obbligo del canone enfiteutico col possesso dei beni enfiteutici. È comune insegnamento invece che cessa l'obbligo del canone allorquando l'enfiteuta ha alienato, e s'intende legittimamente e legalmente, i beni enfiteutici, cioè ha cessato, legittimamente e legalmente, di essere possessore ed enfiteuta. E finalmente, egli è chiaro che le due proposizioni, contrapposte l'una all'altra dal chiarissimo Semeraro, cioè la proposizione sua: “ cessa il possesso dei beni enfiteutici quando cessa il pagamento del canone „, e quella che egli attribuisce agli avversari: “ cessa l'obbligo del canone enfiteutico col cessare il possesso dei beni enfiteutici „, appariscono perfettamente identiche, solo che nella prima si tolga ciò che il Semeraro vi mise di troppo, e alla seconda si aggiunga ciò che il Semeraro indebitamente ne tolse. Cioè, modificata la prima in questi termini: “ cessa il diritto di possedere i beni enfiteutici, quando cessa nell'enfiteuta l'obbligo di pagare il canone „, e la seconda in questi altri termini: “ cessa l'obbligo dell'enfiteuta di pagare il canone quando in lui cessa il diritto di possedere i beni enfiteutici „, dove è più la differenza fra l'una proposizione e l'altra?

Un altro equivoco è in sostanza quell'altro obbietto di Semeraro, che l'obbligo del canone non dipenda dal fatto del possesso, ma dal diritto di possedere. E propriamente è un equivoco nell'interpretare e nel rappresentare la dottrina presa a combattere, quasi che questa, facendo dal possesso dei beni enfiteutici dipendere la qualità di enfiteuta e l'obbligo di pagare il canone, intenda un possesso di mero fatto, e non già, come ebbi più volte a rimarcare, un possesso legittimo e legale, un possesso basato sul diritto a possedere.

Ed è pure un *equivocare* nella interpretazione, sia del diritto romano, sia del Codice civile italiano, l'asserire che nè quello nè questo esplicitamente pronunzino durare tanto l'obbligo del canone enfiteutico, quanto dura il possesso dei beni. Che importa infatti che una tale esplicita pronunzia faccia difetto, se essa è implicita nel concetto dell'enfiteusi, e nell'indole del regime enfiteutico, tanto nell'una quanto nell'altra legislazione? Bene inteso, un'altra volta ancora, che il possesso si abbia, o si perda, o si trasmetta, non di fatto soltanto, ma di fatto e di diritto. Come già notai dapprincipio, chiunque reputa e dichiara l'enfiteusi diritto reale, ammette implicitamente che col diritto reale si acquista e si conserva, si perde o si trasmette l'obbligo personale del canone. E codesto implicito ammettere, non solo equivale ad una esplicita negazione ed affermazione del contrario, ma quei primi concetti precedono logicamente i secondi, e come questi non sono che reciproci di quelli, diventano anche superflui i primi, quando sono ben chiariti e assodati i secondi. Chi dice bianco, nega il nero, e questa esclusione del nero, implicita nell'affermazione del bianco, è tanto certa quanto questa affermazione medesima, sicchè diventa superflua l'esplicita affermazione di quella esclusione, in ragione della certezza del suo implicito contenersi nell'affermazione esplicita del bianco.

E finalmente è pur manifesto quell'altro *equivoco*, onde proviene l'apparente *enormità* che il Semeraro riscontra nella tesi: che di proprio arbitrio l'enfiteuta può sottrarsi all'azione del concedente, alienando i beni all'insaputa di questo. È un equivocare appunto fra la validità intrinseca dell'alienazione dell'enfiteusi, cioè della trasmissione di tutto quanto il diritto enfiteutico per mera volontà dell'enfiteuta e senza interpellare il domino, e l'estinzione del rapporto personale fra l'enfiteuta alienante e il domino, e delle relative azioni. Che l'enfiteuta possa di solo suo arbitrio, cioè senza il consenso del domino, e quindi senza neppure interpellarlo, alienare validamente l'enfiteusi, è cosa certissima in diritto italiano. E, se certissima cosa ell'è, altrettanto certa è la immediata conseguenza che ne deriva, che cioè, in virtù di detta alienazione l'enfiteusi è passata al nuovo acquirente, nè più quindi appartiene all'enfiteuta alienante. Dove è in tutto ciò l'asserita *enormità*? Ma s'intende bene che, fintantochè il domino non è in cognizione dell'avvenuta alienazione, egli continua a sperimentare le sue azioni

contro l'enfiteuta alienante. E se vero fosse che il domino potesse in diritto italiano, come SEMERARO insegna, impugnare l'alienazione dell'enfiteusi per qualche giuridico titolo, all'infuori di quelli generali della nullità dei contratti, egli non potrebbe impunemente astenersi, ove il caso fosse, da tale impugnativa, allegando l'inesistenza dell'alienazione, solo perchè a lui non è stata notificata. No, davvero, e lo stesso SEMERARO lo dice, e viene con ciò implicitamente ad ammettere che l'alienazione in discorso, benchè di mero arbitrio dell'alienante, e benchè ignorata dal domino, pur nondimeno esiste finchè non venga impugnata e dichiarata nulla. Che anzi egli nega esplicitamente potersi l'alienazione dell'enfiteusi, senza il consenso e la scienza del domino, impugnare coll'azione di nullità, anzichè con quella di rescissione. In pratica però è egli possibile, si è egli mai dato il caso che una alienazione d'enfiteusi, legalmente compiuta, non sia stata subito notificata al domino o dallo stesso alienante, o dall'acquirente e nuovo enfiteuta? Non è egli uguale, anzi maggiore interesse di quest'ultimo, che del suo datore, di non indugiare la ricognizione sua per parte del suo direttario? Ma il cerzioramento del domino diretto non è per nulla concorso di lui all'alienazione, ed è del resto di fatto un proposito in quello di fare una alienazione, valida non solo, ma anche efficace.

Afferma poi SEMERARO che, posto il principio da me propugnato, ne conseguita che, alienata l'enfiteusi, l'enfiteuta alienante non può essere chiamato a rispondere personalmente dei deterioramenti per avventura da lui arrecati ai beni enfiteutici; ne conseguita che la stessa azione di devoluzione non possa più essere intentata, poichè anche questa azione è personale.

Ma chi dice che coll'alienazione dell'enfiteusi, senza consenso del domino, purchè permessa dalla legge, l'enfiteuta si esime da ogni obbligo personale verso il domino, non intende, nè può intendere se non gli obblighi personali avvenire, nascenti direttamente dal contratto d'enfiteusi, e non quelli già surti dalla violazione di questo. Questi ultimi hanno radice nel possesso precedente dei beni enfiteutici, e continuano a sussistere contro l'enfiteuta che ha alienato, appunto perchè non possono essere fatti valere contro colui il quale possiede attualmente l'enfiteusi. Onde giustamente le Sezioni unite della Cassazione di Roma, nella citata sentenza 24 febbraio 1893, dichiararono rimanere l'enfiteuta alienante responsabile

personalmente dei canoni anteriori al cessato suo possesso (*Giur. it.*, 1893, I, 379). E se l'enfiteuta, il quale, senza il consenso del domino diretto, ha alienato i beni enfiteutici, aveva talmente violato gli obblighi suoi contrattuali durante il suo possesso, da meritare di essere caducato dall'enfiteusi a beneficio del domino, non osta di certo la dottrina che io propugno a che egli venga sottoposto all'azione di caducità, benchè avvenuta l'alienazione, in quanto che, come già ebbi a dire molte volte più sopra, l'alienazione dell'enfiteusi che proscioglie l'enfiteuta dagli obblighi suoi personali è per me, e per tutti coloro i quali propugnano la stessa mia dottrina, soltanto una legittima e legale alienazione. Or non è tale certamente quella posta in essere da un enfiteuta, il quale, violando il contratto di enfiteusi, si è già esposto all'azione di caducità, poichè osta appunto al suo diritto di alienare, il contrario di diritto che spetta al domino di farlo caducare, e di devolvere a sè medesimo i beni enfiteutici.

Dopo esaurite le obbiezioni emesse dal Prof. Semeraro alla tesi da me propugnata, vengo ad esaminare la positiva dottrina sua circa l'alienazione dell'enfiteusi e gli effetti di questa.

Essa è racchiusa nei termini seguenti: “ il concedente *certior debet esse factus* dell'*avvenuta* alienazione dell'enfiteusi, e, se non contraddice, o col fatto riconosce il nuovo enfiteuta, da quel momento è definitivamente liberato il primo enfiteuta. Ma, se contraddice, e dimostra avvenuta dolosamente l'alienazione, in tal caso *audiendus est*, e solo la sentenza del giudice dirà se il primo enfiteuta può dirsi liberato, cioè se di fronte al concedente l'alienazione sia valida „; — “ sinchè l'alienazione della enfiteusi non sia *perfetta*, deve rimanere obbligato il primo enfiteuta „. — Non è però sempre chiaro il concetto di Semeraro. Imperocchè in un luogo egli parla di *imperfezione* dell'alienazione dell'enfiteusi avvenuta all'insaputa dal domino, in un altro luogo egli parla di *azione di dolo*, impugnativa dell'alienazione non notificata al domino. L'un concetto è contraddittorio dell'altro, perchè nel secondo l'insaputa del domino non è il fondamento dell'impugnativa dell'alienazione dell'enfiteusi, ma piuttosto il dolo dell'alienante, nel primo invece quell'insaputa vizia l'alienazione, sicchè dovrebbe potere essa medesima fornire titolo per impugnarla. Ma dei due concetti e delle due diverse proposizioni io ritengo doversi preferire la seconda come la più rispondente al vero pensiero dell'autore. Imperocchè

la seconda è quella su cui maggiormente egli insiste, e d'altronde egli afferma pure in altro luogo di accettare la teoria “ che il primo enfiteuta rimanga liberato, non perchè ha trasmesso ad altrui il possesso, ma perchè ha trasmesso tutto il rapporto enfiteutico, tutti i diritti e tutte le obbligazioni nascenti dal contratto d'enfiteusi „, onde consegue non potersi per solo titolo di mancato consenso, o di mancata scienza del domino, impugnare l'alienazione dell'enfiteusi.

Codesta dottrina, quantunque a prima giunta si raccomandi dal punto di vista dell'equità, non sembrami reggere alla critica.

Anzitutto io non capisco come mai l'impugnativa dell'alienazione dell'enfiteusi per titolo di dolo, debba essere unica e sola della specie; per quale ragione, per esempio, Semeraro non attribuisca al domino un diritto di impugnativa anche per il titolo, contemplato dai Romani, della poca solvibilità del nuovo enfiteuta, o, in generale, della poca fiducia da questo meritata. Ispirandosi, come fece manifestamente Semeraro, ai diritti contrattuali del domino, io non capisco perchè egli siasi limitato ad attribuirgli un'azione di dolo contro l'alienazione, e gli neghi la vera e propria azione contrattuale per qualunque inosservanza del contratto enfiteutico, quale è appunto l'essersi l'enfiteuta originario sostituito un nuovo enfiteuta inidoneo o insolvibile. Se i Romani davano per tutti questi titoli al domino il diritto di dissentire dall'alienazione, di opporvisi in sèguito alla interpellazione, abolito questo istituto, non sarebbe teoricamente assurdo nè irrazionale che per quei titoli il domino agisse impugnando l'alienazione legittimamente avvenuta all'insaputa sua, e sarebbe soltanto irrazionale che cotesta impugnativa potesse accadere soltanto per uno solo di quei titoli, e non per tutti quanti.

Quello però, a cui importa por mente, si è che, quantunque nè assurda cosa, nè meno che equa sarebbe stata, se il legislatore italiano avesse espressamente accordato al domino il diritto di impugnare per giusti motivi, e nel contratto enfiteutico fondati, l'alienazione dell'enfiteusi, legalmente fatta dall'enfiteuta senza di lui consenso nè saputa, codesto diritto però il legislatore italiano non ha espressamente attribuito al domino diretto, e non è quindi possibile attribuirglielo per via d'interpretazione.

Ella è regola sicura e ineccepibile sia della legislazione, sia della giurisprudenza civile, che tanto le azioni di nullità, quanto ogni altra

impugnativa dei giuridici negozi debbono essere dal legislatore espressamente contemplate, affinchè possano essere fatte valere. In realtà il nostro Codice civile ha sempre seguìto codesta regola, nè mai è accaduto fino ad oggi che un avvocato od un giudice siasi permesso di nulla aggiungere a ciò che il codice statuisce in fatto di impugnative dei giuridici negozi, sia con disposizioni speciali a ciascuno di questi, sia per virtù di più generali disposizioni, sia per virtù di analogia. Ora la dottrina di Semeraro circa l'impugnativa dell'alienazione dell'enfiteusi solamente *ex capite doli*, prescindendo anche dal notato difetto razionale di essere troppo ristretta, contravviene manifestamente a generali principii giuridici in materia contrattuale. Imperocchè, se ovvia cosa ella è potersi un contratto di enfiteusi per dolo impugnare come ogni altro contratto, codesto dolo s'intende però accaduto fra gli stessi stipulanti l'enfiteusi, e non ha che fare col dolo dell'enfiteuta nell'alienazione dei beni enfiteutici. Questo secondo dolo, in quanto possibile sia, concerne l'esecuzione del contratto d'enfiteusi, e non la sua costituzione. È un dolo che non vizia radicalmente il contratto, ma soltanto costituisce l'enfiteuta alienante in contravvenzione ai doveri suoi verso il domino, da cui ebbe l'enfiteusi. Come tale, il concetto suo viene a far parte essenziale del più generale concetto dei doveri e dei diritti dell'enfiteuta, e appunto perciò non può ammettersi se non se il Codice civile espressamente lo contempli e lo determini, la qual cosa nel Codice civile italiano non accade affatto.

Del resto non parmi facile intendere qual sia la dolosa alienazione dell'enfiteusi, di cui vado anch'io ragionando sulla fede di Semeraro; una dolosa alienazione, di cui il domino diretto si possa dolere. Già non può essere dolo insito nel fatto stesso della alienazione dell'enfiteusi all'insaputa del domino, poichè ho già detto sopra che anche Semeraro ritiene valida siffatta alienazione in diritto italiano. Ma se tale non è, nè può essere il dolo inteso dal chiarissimo mio collega, in che cosa deve esso consistere, da quali estremi deve risultare? Ecco ciò che per nessun verso io arrivo a spiegarmi. Ciò che di concreto io capisco in fatto di ragionevoli lagnanze del domino circa l'avvenuta alienazione dell'enfiteusi ad insaputa sua, riducesi a ciò che i Romani raccoglievano nel concetto di alienazione dell'enfiteusi ad una persona non *idonea ad solvendum*. Ma l'impugnativa di quell'alienazione per codesto titolo,

se ammissibile fosse in diritto italiano, non avrebbe certamente natura di impugnativa *ex capite doli.*

Un altro solo rimarco aggiungo circa la dottrina di Semeraro. Egli dà soverchia importanza alla circostanza dell'essere o no stato il domino avvertito dell'avvenuta alienazione dell'enfiteusi, affinchè egli possa impugnare questa per dolo. Poichè per dolo non si può già intendere in diritto italiano la stessa mancanza di quell'avvertimento, ma una qualche macchinazione, del resto inconcepibile in concreto, fra il vecchio e nuovo enfiteuta a danno del domino, s'intende bene, che il domino non potrebbe perdere l'azione semerariana di dolo, se veramente l'avesse e potesse averla, se non dopo di avere in qualunque modo saputo che l'alienazione è avvenuta. Pare quasi che il Semeraro non concepisca altra notizia del domino circa l'alienazione dell'enfiteusi, se non quella che l'enfiteuta alienante gli dia: che, mentre egli parla di avvenuta alienazione, in realtà il suo pensiero sia dominato dal concetto romano dell'interpellazione circa l'alienazione da farsi: che, mentre egli propugna in diritto italiano un'azione di dolo, che non ha che fare coll'opposizione del domino all'alienazione non ancora fatta, secondo il diritto romano, in realtà egli non veda troppo chiara la indipendenza di quell'azione dal diritto del domino di sapere prima e di impedire l'alienazione.

Ipoteca a guarentigia di debito futuro.

Ipoteca di debito futuro può escogitarsi in due differenti casi, secondochè la realtà del debito futuro dipenda dalla volontà di chi ha stipulato o di chi ha permesso anticipatamente l'ipoteca. Si avverta subito che, quantunque questa seconda ipotesi sogliasi designare col dire che la qualità di creditore o di debitore dipendano da condizione *potestativa,* codesta espressione però è inesatta. Imperocchè *si volam, si voluerim* non è vera e propria condizione *potestativa*, la quale è tanto vera condizione, quanto la casuale e la mista (v. art. 1159, 1162 Cod. civ.).

Se la qualità di creditore o di debitore dipende da condizione vera e propria, non è mai stato dubitato, nè in diritto romano, nè in diritto moderno, che la condizione può opporsi all'ipoteca, e che, al verificarsi della condizione, l'ipoteca per *debito futuro* prende grado dal giorno della sua iscrizione. Ciò in virtù del canone *quum semel conditio extitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita sit, sine conditione facta esset* (l. 11 § 1, D., *qui pot. in pign.*); confr. art. 1170 Cod. civ., e Bonelli, *L'ipoteca per debiti futuri in Diritto Romano,* Bologna, 1894.

Ma, se il debito futuro dipende dalla mera volontà del creditore o del debitore, o a meglio dire dello stipulante o del promittente l'ipoteca, varrà questa, e da qual giorno prenderà grado?

Questa quistione deve essere la parte considerata per ciascuno dei due casi distinti sopra.

Se dalla volontà dello stipulante l'ipoteca dipende l'esistenza del debito, la Corte di Bologna ebbe a dichiarare in una sentenza

21 dicembre 1894 (*G. I.*, 1895, 1, 2, 248), che la ipoteca prende grado non già dalla iscrizione sua, ma dal giorno in cui la prestazione è stata fatta. La prima cosa non può essere dubbia. Si ha infatti una impropriamente detta condizione *si volam*, se la ipoteca sia stata stipulata alla condizione che lo stipulante abbia, un giorno determinato o no, non già soltanto a sovvenir danaro al promittente ma a sovvenirglielo in virtù di futura determinazione della volontà sua, non vincolata menomamente al presente e fin d'ora. Ma, qual senso ed effetto rimane alla costituzione di ipoteca in tal modo condizionata?

La Corte di Bologna dichiara che l'ipoteca varrà dal giorno, in cui la eventuale sovvenzione ulteriore di danaro per parte dello stipulante sarà effettivamente stata fatta. Or questo io non comprendo, nè quindi posso ammettere, dato pure, come certamente si deve, che la Corte abbia inteso iscritta l'ipoteca per una somma determinata. Io non comprendo cioè come ci possa essere tacita costituzione d'ipoteca in avvenire, se già non ci sia un credito presente da guarentire con ipoteca. Uno può dare ipoteca al suo creditore colla clausola, che l'ipoteca non abbia ad avere effetto che da un certo tempo in là, o magari per un certo tempo soltanto, ed anche l'inscrizione ipotecaria potrà farsi con tal clausola; ma quando manca affatto il credito da guarentire, il dare una ipoteca sin d'ora per quando il credito sorgerà, non è, a mio vedere, nè un dare nè un fare nulla, sicchè seppure in sèguito possa sorgere diritto d'ipoteca, quando quella eventualità si sarà verificata. Non è quella nè costituzione attuale d'ipoteca, nè tampoco promessa di ipoteca, da cui almeno provenga azione, affinchè l'ipoteca venga propriamente costituita. Nè una cosa, nè l'altra, perchè ne manca l'oggetto, cioè il credito che è l'oggetto della guarentigia ipotecaria. Tale mancanza è codesta, per cui, stipulato non ostante il patto in discorso, esso non potrebbe certamente servire di base a iscrizione nei pubblici libri ipotecari, opponendovisi l'art. 1897, 4°, il quale esige nella iscrizione ipotecaria la menzione della somma dovuta. La l. 4, D., *quae res pign.* non può addursi in contrario, perchè i Romani non conoscevano l'iscrizione dell'ipoteca in pubblici libri.

Se non dalla volontà dello stipulante l'ipoteca dipenda il diventar egli creditore, ma dalla volontà del promittente l'ipoteca dipenda diventar egli debitore, mentre lo stipulante si è fin d'ora obbligato

ad una prestazione di danaro, quando il promittente l'ipoteca lo voglia, dovrà egli ritenersi del pari che l'ipoteca non abbia nessun effetto dal giorno in cui è stata data, ma possa cominciare ad averlo dal giorno in cui la promessa prestazione di danaro sarà stata effettuata?

In tesi generale anche in questo secondo caso devesi certamente decidere come nel primo: l'ipoteca non esiste dal giorno in cui fu accordata, e non potrà neppure esistere e prendere grado dal giorno in cui il rapporto creditorio sarà posto in essere. Vale infatti nel secondo caso, come nel primo, il canone summentovato: *sub hac conditione si volam nulla fit obligatio* (l. 8 D., *de O. et A.*). Del qual canone non mancano le applicazioni nel testo romano rispetto al debitore in particolare. Così la l. 108, d. 1, *V. O.*: *nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate debitoris statum capit*; e quanto al patto d'ipoteca, la citata l. 4, D., *quae res pign.*: *quum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est*, e l. 2, d. 1, D., *qui pot. in pignore*: *tuendum creditorem adversus eum, cui postea quidquid deberi coeperit, si modo non ea conditio sit quae invito debitore impleri non possit.*

In diritto romano la sola eccezione ammessa al canone che l'ipoteca del debito futuro, non condizionata nel proprio senso della parola, non ha efficacia, se non quando *pecunia numerata est*, si ha nel caso in cui la volontà del debitore di diventar tale non è una volontà libera, ma piuttosto una *morale necessità*. In proposito si può consultare con profitto l'ottimo libro, citato sopra, del Bonelli, il quale, con studio e pazienza singolari, ha ricercato ed esposto lo svolgimento della relativa dottrina romanistica dai glossatori fino ai giorni nostri. Dottrina basata sulle ll. 1, 12, 18, 20, D., *quae res pign.*, e sulla l. 9, D., *qui pot. in pign.* Prima di lui questo medesimo tema romanistico era stato studiato da Carabelli (*Diritto ipotecario*, vol. II, p. 137 e 195).

In diritto moderno vi hanno pure eccezioni al detto canone generale?

Questo punto è stato accuratamente e in modo originale studiato e svolto dal Carabelli (*ib.*). Io farò mio prò degli studi di lui, permettendomi di dissentire e di esporre sommariamente il mio modo di pensare, dove non credo di seguire l'autorevolissimo suo.

Son cinque, secondo il CARABELLI, i casi nei quali una ipoteca vale dal giorno della costituzione sua, benchè lo stipulante l'ipoteca sia solo ad obbligarsi:

1) L'ipoteca data dal marito a chi ha promesso la dote, ma non l'ha peranco sborsata;

2) L'ipoteca del tutore, del curatore, dell'amministratore della sostanza altrui, per debiti eventuali da essi contratti nella gestione loro affidata;

3) L'ipoteca degli interessi non ancora maturati al dì della scadenza del capitale;

4) L'ipoteca accordata ad un banchiere che ha aperto un credito al concedente, del quale questi non ha ancora approfittato;

5) L'ipoteca conceduta a un istituto di credito fondiario da chi ne ha rivevuto una cartella fondiaria, non ancora spesa e convertita in danaro.

Io comincierò col ridurre questa lista di casi, eliminandone l'ultimo. Imperocchè non parmi si possa ravvisare un debito futuro nel rapporto fra un istiluto di credito fondiario e un proprietario, che riceve da quello una cartella fondiaria. Poichè la cartella fondiaria può ad ogni istante convertirsi in danaro, essa è danaro, e quindi l'istituto ha dato danaro al proprietario ipotecante, il debito di questo verso l'istituto esiste dal momento in cui la cartella fondiaria gli è stata consegnata, e può da questo momento venire guarentito con ipoteca.

Rispetto a tutti gli altri casi, il CARABELLI crede di poter giustificare la eccezione al generale canone suddetto, applicando un suo concetto, che, per sè medesimo considerato, sembrami altrettanto giusto quanto nuovo.

L'ipoteca, egli osserva, è stata considerata dai Romani soltanto come guarentigia del credito nascente da prestazione di danaro al debitore. Ma non è questa la sola forma del credito, per cui taluno può vedere aumentato il proprio potere economico e quindi diventare debitore d'altrui. Può giovarsi economicamente ad altrui anche soltanto col proprio credito economico, col mettere cioè a di lui disposizione la solvibilità propria, basata su rispondente condizione economica e sulla pubblica stima e fiducia. Per virtù di questo *poter disporre* della fortuna altrui, la situazione economica di colui a cui il *credito viene aperto*, si trova migliorata; ma anche viene ad essere contemporaneamente scemata la effettiva disponibilità di chi

ha aperto quel credito, perchè da un momento all'altro colui, a cui il credito fu aperto, ne può disporre. Conseguentemente, fin dal giorno in cui un credito è stato aperto da una persona ad un' altra, quella ha realmente dato qualcosa del proprio a questa, e questa l'ha ricevuta, l'una è veramente creditrice, l'altra debitrice, e l'ipoteca concessa dalla seconda alla prima può esistere ed avere effetto, cioè prender grado fin dal giorno dell'apertura del credito, benchè l'effettivo sborso del danaro dalla prima persona alla seconda non accada che dopo.

Tale è il concetto del CARABELLI, con altre parole esposto. Che questo concetto del CARABELLI sia giusto, non è dubbio, poichè risponde alla realtà delle cose. Il credito è veramente danaro nella società moderna, e propriamente nel mondo commerciale, benchè i Romani nol pensassero, nè avessero occasione di pensarlo. E se è danaro, chi lo riceve diventa debitore, e può quindi anche dare ipoteca dal canto suo. È danaro, cioè potenza economica, il credito fatto da una persona ad un' altra; è una potenza, la quale da un momento all'altro può esser messa in azione, epperò, dal momento in cui ne fu data ad altri la disponibilità di usarne, vi ha titolo di debito e d'ipoteca. Non approfittasse neppur mai del *credito apertogli* colui che lo ottenne; si fosse, per così dire, fatto far credito *ad pompam*, l'ipoteca da lui data avrebbe sempre un oggetto da guarentire, un vero debito, sotto forma di credito apertogli da un altro,

Che il concetto del CARABELLI spieghi e giustifichi la penultima delle eccezioni sopra enumerate, cioè l'effetto immediato dell'ipoteca data ad un banchiere da chi ebbe da questo aperto un credito per una somma data, è cosa evidente. Ed anche su codesto punto il diritto moderno non deroga che in apparenza al romano, e al razionale canone, che dove non è debito non può essere titolo di ipoteca. Imperocchè chi si è fatto aprire un credito da un banchiere, e non ne ha ancora approfittato, è bensì non ancora debitore per titolo di danaro materialmente sborsato, ma è debitore per titolo della stessa promessa di sborso, posto che questa promessa, non da chicchessia, ma da certe persone fatta, è oggi, mentre non era forse nei tempi romani, per sè stessa e per sè sola, danaro, in virtù appunto della immediata traducibilità sua in danaro effettivo. Meno soddisfacente al certo è la spiegazione data dal TROPLONG (*Des priv. et hypot.*, n. 478-479), il quale con-

sidera danaro soltanto le cambiali tratte sul banchiere da chi ebbe credito aperto da questo. Le cambiali infatti possono avere data posteriore all'apertura del credito, senza che perciò l'ipoteca data al banchiere cessi di prendere grado dal giorno della sua iscrizione.

Crede il CARABELLI di potere colla suesposta dottrina giustificare anche tutte le altre eccezioni enumerate sopra, conciliarle cioè colla razionale esigenza che dove non è debito, neppure può essere ipoteca. Ma di ciò io non posso convenire, e credo invece che quelle tre altre eccezioni si debbano e possano spiegare bensì con differenti ragioni, ma nessuna con quella adoperata dal CARABELLI per la eccezione quarta e quinta.

Comincio dalla prima eccezione. Questo caso è definito dalla famosa legge *qui dotem*, pr., D., *qui pot. in pign.*, che ha dato luogo a tante discussioni fra i giureconsulti. Consuona con questa legge l'art. 1969, § 4° e capov. 2°, Codice civile italiano. In essa legge dice Papiniano: *qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est; quaerebatur de pignore. Quum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionem observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.* § 1. *Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac forte priusquam numeraret alii res pignori data est.*

PAPINIANO, cioè, mentre dichiara in generale nel § 1° di detta legge che non ha effetto il pegno prima della numerazione del danaro, allorquando questa numerazione dipenda dalla volontà di colui cui l'ipoteca è stata concessa, ammette invece che valga l'ipoteca dotale fin dal momento in cui è stata concessa dal marito, benchè la numerazione del danaro sia del tutto o in parte mancata, e quindi il marito non sia ancora debitore della restituzione. E la ragione, che dà PAPINIANO di quest'ultima soluzione, è che non si può dire rettamente *in potestate ejus* (del costituente la dote) *esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur*, o, in altri termini, la ragione è che il dotante non può mancare al pagamento della dote, col che frustrerebbe il suo proposito di beneficare la dotanda. Ma qui il CARABELLI osserva giu-

stamente (p. 147) che tale spiegazione non vale, perchè non dell'obbligo del dotante si tratta, ma di quello del marito, il quale secondo obbligo non esiste prima della numerazione. Sicchè, conchiude pur giustamente il CARABELLI, rimane sempre insuperata la difficoltà di conciliare la legge *qui dotem* col canone generale che ipoteca non v'ha quando un debito non esiste, o non è condizionato, ma è futuro soltanto, e sarà o non sarà secondo che vorrà o non vorrà una qualunque della persone fra le quali il debito interverrà, sia essa lo stipulante l'ipoteca, o sia quella che l'ha concessa anticipatamente.

Come ho detto, e come il CARABELLI ampiamente documenta, e il BONELLI ancor più ampiamente di lui, varie spiegazioni sono state date della legge *qui dotem*. I glossatori ODOFREDO e BARTOLO addussero la circostanza che il marito non può non ricevere la dote, diguisachè il di lui debito di restituzione non si possa reputare al tutto dipendente dalla libera volontà sua, e quindi non esistente affatto allorquando egli concesse l'ipoteca dotale. E il CARABELLI cita giureconsulti, come il FRANCHI e il NEGUSANZIO, i quali statuirono anzi come canone generale che " la condizione potestativa si retrotrae anch'essa al tempo della promessa, allorquando taluno è costretto per necessità a ricevere „ (*Ib.*, p. 149). — Altri, come BALDO, SALICETO, FULGOSIO, e DIONISIO GOTOFREDO (*ib.*, p. 152), spiegarono la legge *qui dotem*, riflettendo che alla numerazione del danaro dotale poteva il dotante venire immediatamente costretto dal marito, sicchè l'effettivo ritardo nella numerazione apparisca circostanza accidentale al negozio, e quindi da trascurarsi. Ed anzi il GOTOFREDO pone il canone generale: *numeratio posterior necessaria trahitur retro* (in l. *qui dotem*). — Altri ancora, come CINO DA PISTOIA, e molti altri romanisti (*Ib.*, p. 150-151), ravvisarono nel principio seguìto nella legge *qui dotem* una peculiarità, un privilegio specialissimo della dote. — Or tutte queste interpretazioni il CARABELLI condanna e ripudia, e reputa non potersi la legge *qui dotem* altrimenti spiegare, fuorchè colla dottrina del *credito aperto*, equivalente a danaro, poc'anzi riferita; ma di ciò io non posso convenire coll'illustre defunto.

Non è possibile, io dico, spiegare la legge *qui dotem* nel modo stesso in cui si riconobbe dianzi potersi e doversi spiegare la immediata validità dell'ipoteca data ad un banchiere che ha *aperto un credito* all'ipotecante, per più di una insuperabile ragione. Non

poteva Papiniano intendere in tal guisa il rapporto fra il dotante e il marito, mentre nè egli, nè i suoi contemporanei avevano la menoma idea di altro credito vantaggioso ad altrui, fuorchè di quello nascente da somministrazione fatta di danaro, da restituirsi più tardi.

Per me, io trovo che la migliore spiegazione della legge *qui dotem* sia la prima surriferita, che non a torto il Bonellli erige, come ho detto, in regola generale coll'autorità pure del romano diritto. Imperocchè la difficoltà nascente dalla libertà che ha il marito di accettare o no, o di domandare o no il pagamento della dote, perde la massima parte del suo valore, e conferisce il carattere di sofistico all'argomento che se ne desume, perchè pel marito si tratta di riscuotere, senza dar nulla, di far valere un contratto, quale è quello della dote costituita da un terzo, contratto di sua natura gratuito, almeno rispetto alla moglie. Sicchè, se il marito tarda a farsi pagare la dote, codesto ritardo, anzichè naturale effetto del contratto, è mero effetto del di lui arbitrio, di cui non è giusto che la moglie sua abbia ad aver danno, nè a correre rischio. S'intende da sè che, se al pagamento della dote fosse stato apposto un termine, prima del cui decorso il marito non potesse agire, questi non potrebbe neppure, pendente quel termine, venir considerato debitore di restituzione della dote. Ma se termine non è stato opposto al pagamento della dote, è veramente, come dicono molti romanisti, *necessità* anzichè *libertà*, quella del marito di esigere la dote, e *necessità* fin dal giorno della stipulazione del contratto. Necessità non meramente *morale*, come fu detto da tanti, ma *giuridica* altresì, se si riflette che al gius romano non soltanto, ma anche, benchè in più ristretto senso, può dirsi che al diritto civile italiano conviene il canone *interest reipublicae dotes mulierum salvas esse.* — Non è però da rifiutarsi neppure la seconda spiegazione surriferita; questa anzi non si distingue in sostanza dalla prima, poichè la *necessità* di pagare la dote fa riscontro alla *necessità* di domandarne il pagamento. Senonchè la prima necessità non è che un effetto della seconda, e quindi la prima spiegazione è, delle due, la più razionale e concludente.

La seconda eccezione riguarda l'ipoteca dei tutori, curatori e in generale amministratori dei beni altrui, la quale pure prende grado dal giorno dell'assunta amministrazione per eventuali debiti in cui, durante questa, l'amministratore venga posteriormente ad incorrere.

Non è canone codesto che si trovi sancito nel diritto romano, ma è sicuro nel diritto moderno. Rispetto ai tutori e curatori esso è contenuto nell'art. 1969, 3°, Cod. civ., e rispetto agli amministratori in generale, obbligati a cauzione, è pacifico nella pratica. E anche questa eccezione al canone ipotecario generale, più volte menzionato, crede, come ho detto, il CARABELLI di potere spiegare colla dottrina del *credito aperto* equivalente a danaro; ma anche qui io non posso che ribellarmi a questa spiegazione, per le stesse ragioni che ho addotto poc'anzi a proposito della legge *qui dotem*.

Per me codesta eccezione vuol essere spiegata in modo affatto differente da tutte le altre fin qui esaminate.

Si sa che per iscrivere una ipoteca meramente cauzionale è necessario fissare all'atto dell'iscrizione una somma, a cui la cauzione ipotecaria si vuole limitata. Ciò è fatto nell'interesse dei minorenni, e degl'interdetti sottoposti a tutela, dal consiglio di famiglia. Or per virtù di tale determinazione di somma, chi dà l'ipoteca cauzionale, tutore, curatore, amministratore, si costituisce debitore. Debitore bensì sotto condizione, vera e propria condizione risolutiva, sotto condizione cioè che l'ipoteca rimanga inefficace se al termine della gestione sua il tutore, il curatore, l'amministratore non risulti debitore della somma garantita con ipoteca. Non vi ha quindi luogo a discorrere in tali casi d'ipoteca per debito futuro dipendente dalle volontà del debitore; sono casi estranei affatto alla questione, e in cui la validità dell'ipoteca riposa sul canone pacifico potersi l'ipoteca costituire, e prendere essa grado dalla costituzione e iscrizione sua, se alligata a vera e propria condizione.

Rimane a considerare fra le ultime eccezioni annoverate dal CARABELLI, quella concernente l'ipoteca degli interessi.

Veramente il CARABELLI ha di mira soltanto gli interessi posteriori alla scadenza del capitale, col che sembra credere che la estensione dell'ipoteca del capitale agli interessi dovuti fino alla scadenza del capitale, non presenti nessuna difficoltà di fronte al canone generale più volte summentovato. Ma io non posso ammettere codesta distinzione. Se, come ben dice CARABELLI, al di là della scadenza del capitale, l'essere dovuti gli interessi dipende totalmente dalla volontà del debitore, perchè non è a dirsi lo stesso degli interessi dovuti e contemplati nell'originario contratto, fino alla scadenza del capitale? Anche questi interessi non costituiscono un debito suscettibile d'ipoteca, se non perchè venuti a maturanza

indipendentemente dalla volontà del debitore, non vengono però pagati al creditore per virtù di questa stessa volontà. Nel diritto romano, infatti, non si fa distinzione fra quelle due categorie d'interessi, ponendosi la massima che l'ipoteca del capitale si estende anche agli interessi; V., p. es., l. 18, D. *qui pot. in pign.*, e l. 18, § 5, D. *de pignor. act.* Il che significa che pei Romani o tale estensione d'ipoteca non presentava nessuna difficoltà di fronte ai principii generali, oppure la difficoltà potevasi superare nello stesso modo per l'una e per l'altra categoria d'interessi; ma in realtà rispetto a entrambe le categorie d'interessi può elevarsi contro l'estensione dell'ipoteca del capitale, quella difficoltà che il Carabelli solleva rispetto ad una sola; la difficoltà cioè, che il debito d'interessi non può essere suscettivo d'ipoteca se non per mera volontà del debitore, e non si può reputare esistente fino dalla costituzione dell'ipoteca del capitale, neppure come debito condizionato nel proprio senso di questa parola.

Come si vince questa difficoltà?

Anche qui il Carabelli applica la dottrina del credito aperto equivalente a danaro, dicendo che il lasciare il capitale a disposizione del debitore al di là della scadenza è un migliorare di altrettanto la situazione economica di lui, diminuendo la propria, il quale servizio merita compenso. Ma si può obiettare che, se certamente l'interesse è il compenso dell'uso del capitale, sia prima, sia dopo la scadenza di questo, questo non è però compenso di *credito aperto*, bensì di credito fatto con effettivo sborso di danaro. Il debitore ha propriamente due debiti: del capitale e degli interessi scaduti; e che l'ipoteca, data per il primo, debba valere, con pari grado, anche pei secondi, siano anteriori, siano posteriori alla scadenza del capitale, non può ammettersi se non perchè si ritenga esistente il secondo debito dal momento in cui è sorto il primo.

La detta difficoltà è stata vinta finora, considerando i frutti del capitale come un mero accessorio di questo, come un prodotto inseparabile da esso, di guisa che non si reputino neppure propriamente *beni futuri*. In questo modo gli interessi furono considerati, nelle legislazioni e nella giurisprudenza, dai Romani in poi, e per questa ragione l'ipoteca del capitale fu sempre ritenuto estendersi, con pari grado, e *ipso jure*, anche agli interessi.

Ma non è di rigorosa necessità giuridica neppure questa eccezione al canone generale più volte menzionato. Poichè ella si basa in sostanza su di una mera presunzione di volontà, può cedere a contrarie dichiarazioni, e può anche essere limitata dal legislatore dentro certi confini per ragioni di pubblico interesse, di che si ha un esempio nell'art. 2010 del Cod. civ.

In conclusione, il generale canone: non esistere ipoteca finchè non esista credito o debito, può dirsi che non patisca eccezione nè in diritto romano nè in diritto moderno, fuorchè rispetto al debito di futuri interessi. Talune eccezioni cioè, che a prima giunta il diritto positivo sembra contenere, o non sono tali in realtà, oppure si possono spiegare senza contraddire a quel canone. A quest'uopo però egli è mestieri interpretare l'oggetto del credito, o del *vinculum juris*, con criteri non meramente astratti, ma concreti, i quali sono talvolta più lati, o lo possono diventare col processo del tempo e della evoluzione sociale economica. Così, per esempio, il *credito aperto* da una persona solvibile ad un'altra è oggi un valore concreto oggetto di contrattazione e di diritto attuale, mentre non lo era forse per gli antichi; e la necessità di dare può talvolta ammettersi, quando in concreto risponda ad una necessità, non contrattuale bensì, ma giuridica non ostante, perchè al gius pubblico appartenga, come quella del marito di esigere la dote stipulata, che l'ordine pubblico vuole garantita e sacra in confronto appunto di lui.

Ipoteca convenzionale su beni altrui.

La tesi, che l'ipoteca convenzionale su beni altrui, nulla *ab initio*, venga convalidata per il fatto che l'ipotecante diventi proprietario dell'immobile ipotecato, fu adottata da parecchie Corti italiane, quali: Cassazione di Palermo, 10 dicembre 1898 (*Giur. it.*, 1899, I, 1, 88); Cassazione di Napoli, 29 novembre 1879 (*Ib.*, 1880, I, 1, 114), e 24 gennaio 1885 (*Ib.*, 1886, I, 1, 237); Cassazione di Torino, 5 aprile 1892 (*Legge*, 1892, II, 556); Cassazione, 7 agosto 1905 (*Giur. it.*, 1906, I, 1, 52); Cassazione di Firenze, 10 marzo 1906 (*Ib.*, I, 1, 792); Cassazione di Napoli, 22 giugno 1906 (*Critica Forense*, 1906, 147).

Giudicati nostri contrari conosco soltanto: Cassazione di Firenze, 4 giugno 1900 (*Legge*, 1900, I, 766), e Corte d'Appello di Napoli, 18 marzo 1908 (*Foro it.*, 1908, I, 718). Anche in Francia, dove il concetto della ipoteca convenzionale, secondo l'art. 2129 Codice Napoleone, è lo stesso del nostro Cod. civile all'art. 1974, la giurisprudenza è prevalentemente favorevole all'anzidetta tesi. Vi ha però qualche giudicato francese contrario ad essa, come, per es., Cass. Parigi, 24 maggio 1892 (*Jour. du Pal.*, 1892, I, 269).

Ma nel campo della scienza vi ha tutt'altro che concordia di opinioni in proposito. In Francia, per es., opinano che la ipoteca di un immobile altrui, senza il consenso, s'intende, del proprietario, sia nulla bensì, ma possa essere convalidata o dal proprietario non ipotecante, o dall'ipotecante non proprietario, che lo divenne poi, Delvincourt (VIII, 65), Merlin (*Quest. de dr.*, voce *Hypot.*, 84 *bis*), Troplong (*Des hypot.*, art. 2129, n. 521, 522). Ritengono invece non convalidabile l'ipoteca dell'immobile altrui Laurent (XXX,

n. 463, 471), Aubry et Rau (III, nota 8, § 266), Pont (*Priv. et hypot.*, II, n. 627-630). In Italia sono della seconda opinione Melucci (*Delle ipoteche*, lez. IX, n. 11), E. Bianchi (*Delle ipoteche*, § 194), e Segré (*Temi*, 1906, 72). Il Melucci anzi non esita a chiamare l'ipoteca dell'immobile altrui giuridicamente *inesistente*. Prima della pubblicazione del Codice civile italiano, la convalidabilità dell'ipoteca dell'immobile altrui era stata ammessa da Carabelli (*Sist. di dir. ipot.*, 2ª ed., Milano, 1864, vol. I, pag. 232 e seg.), e da Chiesi (*Sist. ipot.*, vol. III, § 679 e seg.), basandosi sul diritto romano, ma presentando cotesta tesi come conveniente altresì al sistema ipotecario moderno, benchè tanto dal romano differente.

La questione della ipotecabilità della cosa altrui richiama al pensiero quella della vendibilità della cosa altrui, per naturale associazione di idee, non soltanto perchè ambe le contrattazioni hanno per oggetto la cosa altrui, ma altresì perchè la dazione in ipoteca racchiude una alienazione eventuale, sicchè in tutte le legislazioni, come nella nostra (Cod. civ., art. 1974), non è capace di ipotecare chi non è capace di alienare. Or che la vendita di cosa altrui sia nulla soltanto rispetto al compratore, lo dice l'art. 1459 del Codice civile; sarà questo un motivo sufficiente per giustificare una soluzione analoga rispetto alla ipoteca di cosa altrui? Si dovrà cioè inferire che questa ipoteca non potrà più essere impugnata, al pari della vendita di cosa altrui, se il vero proprietario l'avrà ratificata, oppure se chi non era proprietario lo sarà poscia diventato?

Io non lo credo.

Anzitutto io osservo che nella pratica è quasi impossibile che un immobile venga venduto o dato in ipoteca da chi non ne è proprietario, dovunque esista un buon sistema di pubblicità immobiliare, quale purtroppo non esiste ancora nè in Italia, nè in Francia. In un tale sistema, le designazioni del fondo, che non possono mancare in un atto di vendita immobiliare, e quelle volute dall'art. 1979 del Codice civile nell'atto costitutivo della ipoteca, basterebbero a frustrare il proposito di chi volesse vendere o dare in ipoteca un immobile che non gli appartenesse. Ma anche nell'imperfetto sistema catastale odierno riesce assai più difficile nella maggior parte d'Italia lo iscrivere una ipoteca su di un immobile altrui, di quello che il vendere un immobile altrui, attesochè la trascrizione non è necessaria alla vendita, come la iscrizione alla costituzione dell'ipoteca.

Che poi dalla vendibilità della cosa altrui si possa, senz'altro, argomentare l'ipotecabilità dell'altrui cosa, come si suole dai fautori di questa, negarono e negano valenti giureconsulti.

Fra i passati giureconsulti lo nega il Voet, e adduce per motivo che nella ipoteca, a differenza dalla vendita, si costituisce un *ius in re*. *Cum ex pignoris aut hypotecae constitutione creditori nasci debuerit ius pignoris, ideoque ius in re, necesse fuit ut ius in re haberet qui ius pignoris alteri constituere vult; at venditor emtori nullum constituit ius in re, sed tantum in contractu venditionis suam personam ad rem tradendam obligat; ad quod non opus est ut nullo iure in re munitus sit.* Ragione cotesta la quale in diritto italiano e francese varrebbe ad escludere anche la vendita di cosa altrui, imperocchè in questo diritto la proprietà passa dal venditore al compratore per il solo fatto del consenso (art. 1125 Cod. civ. ital.; art. 1138 Cod. civ. francese).

Altri, come Laurent (loco cit.), nega la ipotecabilità della cosa altrui, nonostante la vendibilità di essa, perchè il concetto dell'ipoteca odierna è affatto diverso dal romano, perchè quella pubblicità, che in diritto odierno è carattere essenziale della ipoteca, e la quale deve al vero rispondere affinchè il credito fondiario abbia una base, fa sì che la nullità dell'ipoteca di cosa altrui non sia soltanto relativa, come quella della vendita, ma assoluta e di ordine pubblico.

Altri ancora affermano la nullità assoluta dell'ipoteca d'un immobile altrui, senza darsi alcun pensiero di ciò che il codice stabilisce rispetto alla vendita di cosa altrui, reputandola di logica evidenza. Così pensava il Lelièvre, relatore alla Camera belga, della legge 16 dicembre 1851. " L'ipoteca, egli diceva, non potendo venir costituita che su beni appartenenti attualmente al debitore, ne consegue che l'ipoteca consentita sulla cosa altrui sarebbe nulla, quando pure colui che l'ha promessa diventasse in sèguito proprietario dell'immobile „. E questo avviso è pacifico fra i belgi giureconsulti (vedi, per es., Martou, III, n. 1002; Arntz, IV, n. 1793). Vero è che nel suddetto ragionamento si tien conto della circostanza che l'art. 78 della detta legge dà per oggetto alla ipoteca convenzionale gli *immeubles actuellement appartenant au débiteur*. Ma anche il *Code civil*, all'art. 2129, dice lo stesso, e ciò non impedisce che molti giureconsulti francesi ammettano la possibile ratifica, o la convalidazione dell'ipoteca di cosa altrui, come per

converso in Italia il non trovarsi ripetuto l'art. 2129 francese non impedisce che vi siano giureconsulti i quali non ammettono ipotecabilità di beni altrui. Laonde può ben dirsi che ai giureconsulti belgi la non ipotecabilità dei beni altrui apparisce una giuridica impossibilità, per sè medesima considerata, più che per virtù della parola della legge.

Di questo avviso io sono pure. Io pure, cioè, sono d'avviso che, non ostante l'affinità dell'ipoteca colla vendita, non ostante che per l'art. 1459 del Codice civile la vendita di cosa altrui sia nulla soltanto per il compratore, l'ipoteca di cosa altrui debba nel nostro diritto reputarsi nulla assolutamente, e non possa nè venire ratificata dal vero proprietario, nè venire convalidata per successione dell'ipotecante al vero proprietario. Ma se il Laurent e i giureconsulti belgi non si dànno briga di conciliare siffatto avviso col disposto della legge circa la vendita di cosa altrui, io non voglio seguire il loro esempio. Bensì può darsi che la conciliazione da me proposta non abbia a tutti persuadere; ad ogni modo la mia situazione parrà migliore di quella di coloro, i quali, mentre reputano razionalmente impossibile l'ipoteca di cosa altrui, non ispiegano affatto come trovino perfettamente comprensibile che la vendita di cosa altrui sia nulla soltanto per il compratore, e possa venire ratificata o convalidata.

Per me, a rigor di diritto, cioè a rigore di logica giuridica, tanto la vendita, cioè la trasmissione della proprietà di una cosa altrui al compratore, quanto la ipoteca di cosa altrui, devonsi nel giure odierno reputare come nulle in modo assoluto. Nulle, cioè, di fronte a entrambi i contraenti, e di tale nullità che toglie all'uno e all'altro atto ogni effetto giuridico, tranne quello che dalla vendita di cosa altrui può derivare all'acquirente in buona fede in virtù dei generali canoni di legge intorno alla usucapione. Soltanto in vista di codesto effetto non può dirsi la vendita di cosa altrui atto inesistente, anzichè assolutamente nullo. Ed atto inesistente, anzichè nullo assolutamente, dovrebbesi pure a *rigor di diritto* considerare l'ipoteca di cosa altrui, come in sèguito renderò più chiaro. E a siffatta nullità può soltanto il legislatore, con espressa disposizione, derogare.

Ella parmi di razionale evidenza. Trasmettere ad altri un diritto che non si ha, è non-senso; il disporre di cosa altrui, quando non è furto o truffa, deve per lo meno essere un atto civilmente nullo, assolutamente nullo; un *nihil fecit*.

Il diritto romano, lungi dal contraddire a codesta tesi, la suffraga invece. Imperocchè se in esso può avere effetti giuridici la vendita di cosa altrui, ciò è perchè *qui vendit necesse non habet fundum emtoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit* (l. 25, § 1, Dig. *de contr. emt.*). Che se in diritto romano la vendita avesse, come nel diritto odierno, francese e italiano, trasmesso immediatamente la proprietà, dato, s'intende, che l'abbia il venditore, indubbiamente i romani giureconsulti si sarebbero pronunciati rispetto alla vendita di cosa altrui analogamente a quanto dissero dell'ipoteca di cosa altrui: *per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse certissimum est* (l. 6, Cod. *si aliena res pignori data sit*; conf. l. un., Cod. *si communis res pignori data sit*). Per diritto romano adunque l'ipoteca di cosa altrui è nulla e la vendita di cosa altrui non è nulla, solo perchè essa non è traslazione di proprietà. E colla autorità del diritto romano adunque io confermo la mia tesi; che la logica giuridica vuol nulle, e assolutamente nulle in diritto odierno, tanto l'ipoteca di cosa altrui, quanto la vendita, cioè la trasmissione al compratore della proprietà di cosa altrui.

Ciò posto, il canone francese e italiano, che la nullità della vendita di cosa altrui sia relativa soltanto, e dal solo compratore possa venire eccepita, è indubbiamente un canone *contra rationem iuris*. Dico francese e italiano codesto canone; imperocchè, quantunque non lo si trovi espresso nell'art. 1599 del *Code civil*, ove soltanto di nullità in generale si fa menzione, mentre è espresso nell'art. 1459 del Codice civile italiano, che al detto articolo francese corrisponde, esso è però pacifico nella francese giurisprudenza (v. Laurent, XXIV, n. 103). Evidente è l'irrazionalità di siffatto canone. Se al compratore, che sapeva, o venne a sapere di aver comperato cosa altrui, è lecito rifiutare il pagamento e restituire la cosa, perchè non dev'essere lecito al venditore rifiutare la consegna della cosa altrui, restituendo, se sia del caso, il prezzo già avuto? Vuolsi forse escludere che all'atto della vendita di cosa altrui possa mai essere in buona fede il venditore, o che, essendo questi stato allora in mala fede, non abbia a dolersi poi del suo inconsapevole malefatto? Neppur varrebbe l'obbiezione che male usurperebbe la parte del vero proprietario, quel venditore di cosa altrui, il quale, per impulso di retta coscienza, domandasse l'annullamento della vendita, e offrisse la restituzione dell' immobile

contro la restituzione del prezzo. Certamente onde promuovere quella azione il venditore chiamerebbe in causa il vero proprietario, ma nulla giuridicamente si oppone a codesto intervento in causa altrui, di chi potrebbe agire direttamente in causa propria.

Or se è *contra rationem iuris* la nullità *soltanto relativa* della vendita di cosa altrui, non è certamente lecito, con argomentazione analogica, affermare che sia pure nulla relativamente soltanto l'ipoteca di cosa altrui. *Quod contra rationem iuris introductum est non trahitur ad consequientas.* L'ipoteca di cosa altrui è nulla assolutamente in diritto odierno italiano e francese, come lo era in diritto romano, nonostante che la vendita di cosa altrui sia nel diritto odierno italiano e francese nulla soltanto relativamente, poichè codesta relatività della nullità di quella ipoteca non è espressamente sancita dalla legge, come lo è di quella vendita.

In questa guisa io concilio la tesi della nullità assoluta dell'ipoteca di cosa altrui con ciò che il Codice civile dispone rispetto al tema affine della nullità della vendita dell'altrui cosa.

Ma oltre alla logica giuridica, anche l'eminente pubblico interesse del credito fondiario esige che l'ipoteca di immobile altrui reputisi assolutamente nulla. Lo ha già osservato il Laurent, e ognuno deve convenirne. Il credito fondiario non è possibile se non per virtù della pubblicità dei diritti immobiliari, ma questa pubblicità deve al vero rispondere perchè serva a quel fine. Un perfetto sistema di pubblicità immobiliare, quale noi non abbiamo ancora in Italia, renderebbe praticamente impossibile, come io ho già sopra osservato, vendita e ipoteca di cosa altrui, delle quali infatti non è neppur menzione nelle legislazioni che quel sistema posseggono, per es., nella vigente legislazione germanica. Ma intanto, là dove quel sistema ancor si aspetta, egli è almeno necessario proclamare che nulla fa chi ipoteca un immobile altrui. Nulla fa, cioè nessun diretto giuridico effetto può da questo atto provenire. Il Laurent, che ho dianzi ricordato, non ha però avvertito che l'argomento di ordine pubblico da lui addotto per la nullità assoluta dell'ipoteca di cosa altrui, lo autorizzava a condannare teoricamente anche la tesi della nullità relativa della vendita di cosa altrui.

La nullità assoluta dell'ipoteca di cosa altrui non è però da intendersi nello stesso modo come quella, che logica sarebbe, della vendita di cosa altrui. Veramente la prima non è possibile, come

pensano alcuni giureconsulti belgi (v. BELTJENS, *Le Code civil annoté*, Bruxelles, 1893, vol. IV, pag. 470), che, fra i due contraenti, venga fatta valere da altri che dal creditore, il quale, o, accorgendosene in tempo, può rifiutare il pagamento e domandare la risoluzione del contratto, o un'altra ipoteca, oppure quest'ultima domanda può fare se l'ipoteca è stata pattuita dopo la conchiusione del negozio creditorio. Il debitore non può far altro che rimanere passivo di fronte a quelle domande del creditore, e accettarle, oppure subire l'effetto del loro inesaudimento.

Ma in diritto romano, ammessa pure la nullità dell'ipoteca di cosa altrui, senza il consenso espresso del proprietario (l. 20, Dig. *de pign. act.*), è anche ammesso che questa ipoteca possa venir convalidata se il vero proprietario abbia consentito tacitamente alla costituzione dell' ipoteca (ved. l. 582, Dig., *quib. caus. pign.*; l. 268, Dig. *de pign. et hyp.*), oppure la ratifichi posteriormente, od anche se l'ipotecante diventi in sèguito proprietario dell'immobile ipotecato: *rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pignoratitia creditori* (l. 4, Dig. *de pign. act.*; confr. l. 16, § 1, Dig. *de pign. et hyp.*). E queste tesi, come ho osservato da principio, sono pure ammesse dalla giurisprudenza nostra e da non pochi scrittori. Sono esse ammessibili da chi crede che l'ipoteca di cosa altrui sia nulla in modo assoluto? E propriamente sono esse, data tale premessa, ammissibili in diritto italiano?

Io non lo credo. E *a fortiori* non lo credo, perchè neppure lo crederei, se l'ipoteca di cosa altrui reputassi nulla relativamente soltanto, cioè di fronte al solo creditore. Ed io non ammetto neppure la ratifica e la convalidazione della vendita di cosa altrui, in proprio senso intese, le quali, come è noto, sono pure ammesse tanto in diritto romano, quanto nella giurisprudenza francese e italiana.

Io comprendo che sia iniqua cosa lo ammettere che chi vendette o ipotecò un immobile altrui senza il consenso del vero proprietaria, possa eccepire la nullità della vendita, o dell'ipoteca, e, quanto alla vendita, senza far distinzione fra la vendita secondo il diritto romano e quella secondo il diritto francese e italiano.

Quanto all'ipoteca, in particolare, l'*actio utilis hypothecaria* del diritto romano era, al pari di tutte le *actiones utiles*, basata unicamente sull'equità, e per questa stessa ragione si comprende al-

tresì che, in diritto romano, sia il posteriore acquisto della proprietà per parte di chi ipotecò la cosa altrui *nesciente domino*, sia la espressa posteriore ratifica di tale ipoteca per parte del vero proprietario, valgono ratiabizione che risale *ad id tempus quo convenit*. Ma per ammettere tutte queste cose occorre che tanto nella vendita quanto nell'ipoteca di cosa altrui si consideri il solo rapporto giuridico intercedente fra le due parti contraenti, come appunto accadeva nel romano diritto. Ma nel diritto odierno, francese e italiano, il quale tanto nella vendita immobiliare, quanto nella ipoteca, oltre al rapporto giuridico immediato fra i contraenti, cura altresì l'interesse dei terzi, e vuole che la vendita immobiliare venga trascritta affinchè valga in confronto dei terzi, ed esige la iscrizione della ipoteca nei pubblici libri, affinchè i terzi, eventualmente interessati, ne abbiano cognizione, ed essa medesima esista, non si può comprendere come la ratifica dell'ipoteca di cosa altrui, sia espressa per parte del vero proprietario, sia tacita o implicita per parte dello stesso ipotecante, diventato proprietario dell'immobile, ed anche, in modo analogo, la ratifica della vendita di cosa altrui, si possano conciliare col diritto dei terzi di giudicare della validità delle ipoteche e delle vendite immobiliari secondo la testimonianza che ne dànno i pubblici libri relativi, coadiuvati dai registri catastali, dai quali libri e registri apparisce la nullità della vendita immobiliare fatta e della ipoteca concessa da chi non è proprietario. Opinare codesto è togliere autorità a quei pubblici libri, è disconoscere l'indole e il sistema, per quanto imperfetto, del diritto immobiliare odierno, francese e italiano, affatto diverso dal romano, il quale, a differenza di quello, non si curava affatto dell'interesse dei terzi nella contrattazione immobiliare, e questa contrattazione lasciava essere tutta privata in piena balìa dei contraenti, senza nessuna esteriore e pubblica formalità. Se fosse lecito invocare senz'altro l'autorità del diritto romano per ammettere anche nel diritto odierno, francese e italiano, la ratifica della ipoteca e della vendita di cosa altrui nei suddetti modi, bisognerebbe anche ammettere in quel diritto la ratifica tacita della ipoteca di cosa altrui per parte del vero proprietario, ma nessun giureconsulto francese o italiano può ammetterle, come ben osserva il Chiesi (loc. cit.), di fronte agli articoli 1338, 1309 dei Cod. civili francese e italiano. Non ripugnano meno questi articoli a tesi siffatta, di quello che i due altri modi di

ratifica della vendita e dell'ipoteca di cosa altrui, accennati sopra, alla trascrizione ed all'iscrizione ipotecaria, oggi volute per la pubblicità della contrattazioni immobiliari, e nell'interesse eventuale dei terzi rispetto a queste contrattazioni.

Che se si pon mente al testo delle leggi relative alla trascrizione, e alla iscrizione ipotecaria, l'inammissibilità e la inefficacia della ratifica della vendita e dell'ipoteca di cosa altrui rispetto ai terzi, vi sono nel più chiaro modo comprovate dal fatto che in nessun luogo si accenna alla trascrizione e alla iscrizione di ratifica siffatta. — E i terzi, che possono avere interesse ad eccepire la nullità della vendita e dell'ipoteca della cosa altrui, attestata tale dai pubblici libri, chi sono essi?

Anzitutto il vero proprietario rimasto estraneo al rapporto giuridico posto in essere fra il non proprietario e chi da questo comperò od ebbe in ipoteca l'immobile di quello, fintantochè questa vendita o ipoteca non siano state da quello ratificate. Poi fino a questo momento gli eredi del vero proprietario, e gli stessi creditori chirografari di questo, purchè i loro crediti siano anteriori di data. Costoro potrebbero fors'anche impugnare quella asserita ratifica mediante l'azione paulliana. Ed ove la vendita o l'ipoteca di cosa altrui siano state convalidate per l'acquisto della cosa per parte dell'illegittimo alienante o ipotecante, sono terzi aventi interesse a far valere la nullità della vendita o dell'ipoteca, nonostante quella asserita convalidazione, i creditori ipotecari che ebbero l'ipoteca dal proprietario anteriore, i creditori chirografari di questo, ove possano adoperare l'azione pauliana, ed *a rigore* dovrebbero poter essere come terzi considerati anche i creditori del nuovo proprietario che ebbero ipoteca da questo dopo la detta convalidazione, in confronto di coloro che la ebbero prima. *A rigore*, ho detto, dovrebbero avere tal diritto gli anzidetti creditori, e chiarirò più sotto la ragione e il significato di tale espressione.

Invero, tutte le anzidette persone, che sulla fede dei libri pubblici hanno diritto di reputar proprietaria di un dato immobile una data persona, e non un'altra, e fino ad un dato tempo, e su quella fede e in base a tale opinione o acquistarono diritti sull'immobile dal proprietario vero, oppure anche soltanto misurarono il credito da farsi a questo, hanno ragione di escludere che in virtù di asserita ratifica o di convalidazione, posteriormente avvenute, quell'altra persona o renda inefficaci quei loro diritti, o

frustri quella loro fondata aspettativa. La più ampia efficacia, attribuita alla ratifica e alla convalidazione della vendita o dell'ipoteca di cosa altrui dal diritto romano, il quale non imponeva forme nè limiti all'efficacia della subbiettiva volontà del proprietario, non è più ammissibile, nè concepibile, nel diritto odierno rispetto alla proprietà immobiliare, che esso considera interesse non solamente privato e individuale, ma sociale altresì, e da quest'ultimo punto di vista la disciplina, imponendo appunto forme e limiti alla subbiettiva volontà del proprietario, e sospendendo talvolta persino le logiche conseguenze di una giuridica premessa.

Che la ratifica, in proprio senso intesa, dell'ipoteca di cosa altrui per parte del vero proprietario retrotragga l'efficacia di quella ipoteca fino al giorno in cui vennero costituite, e quindi a detrimento dei creditori iscritti posteriormente dal vero proprietario, è detto espressamnnte nella già citata l. 16, § 1, Dig. *de pig. et hypot.*: *retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit.* E lo stesso è certamente a dirsi dell'altra ratifica, o meglio convalidazione dell'ipoteca di cosa altrui, per il fatto che l'illegittimo ipotecante sia diventato proprietario. Ma siffatta azione retroattiva è certamente impossibile nel diritto ipotecario francese e italiano, oltrechè ripugna alla dottrina generale intorno alla ratifica, scritta nel Codice civile francese (art. 1338) e italiano (1310), e propriamente nel canone finale di questi articoli: *sans préjudice des droits des tiers — salvi però i diritti dei terzi.* E dunque: o le parole " ratifica, convalidazione dell'ipoteca di cosa altrui „ s'intendono efficaci retroattivamente, e si afferma un manifesto gravissimo errore, oppure le s'intendono destituite di tale efficacia, e allora impropriamente vengono adoperate. Il proprio significato di esse è di potere e dovere considerare l'ipoteca ratificata come se fosse stata dal vero proprietario originariamente costituita; ma in realtà l'ipoteca di cosa altrui, ratificata o convalidata, non ha nè può aver valore fin dal giorno in cui venne effettivamente costituita, perchè il valore pratico dell'ipoteca, fintantochè l'azione ipotecaria non sia stata esercitata, è la priorità del creditore iscritto sui creditori non iscritti dopo, la quale priorità non può ammettersi a danno dei creditori iscritti prima dal vero proprietario. L'efficacia della ratifica e della convalidazione in discorso può cominciare soltanto dal giorno in cui elle sono state fatte, salvo, come ho osservato poc'anzi, il diritto che, come ho detto sopra,

dovrebbesi *a rigore* riconoscere ai creditori ipotecari e anche chirografari dell'illegittimo ipotecante, posteriori allo acquisto della proprietà dell'immobile per parte di lui, di impugnare le ipoteche da lui iscritte anteriormente. Ora, in tal senso intese, la ratifica e la convalidazione in discorso risolvonsi propriamente in una nuova costituzione d'ipoteca; nuova costituzione, poichè a questa certamente equivalgono. Onde a ragione il Chiesi (l. c.), parlando della ratifica espressa dell'ipoteca di cosa altrui per parte del vero proprietario, osserva che il consenso di questo " deve essere dato con quelle forme solenni, colle quali deve essere manifestato il consenso del proprietario, che costituisce una ipoteca sulla cosa propria ".

Se le anzidette cose io ho affermate in diritto francese e italiano, vuolsi però osservare che esse sono ancor più sicure in diritto civile italiano, che in diritto francese. Imperocchè, mentre in entrambe le legislazioni la priorità dell'ipoteca è determinata da quella dell'iscrizione, nella legislazione italiana però, a differenza dalla francese, la stessa esistenza dell'ipoteca dalla iscrizione dipende. La fede pubblica dei registri ipotecari è quindi più ampia e più sicura in Italia che in Francia, epperò egli è, p. es., possibile in Francia, ma non in Italia, ritenere che una ipoteca dotale conferita su beni altrui, e poi ratificata dal vero proprietario, abbia valore di fronte a questo, e di fronte ai creditori chirografari di questo, anteriori alla ratifica ed alla convalidazione suddette, fin dal giorno del matrimonio (art. 2135 Codice Napoleone).

Riprendo ora a chiarire il mio concetto intorno alla convalidazione della ipoteca di cosa altrui, per virtù dell'acquistata proprietà per parte dell'illegittimo ipotecante. Di convalidazione, io dico, meglio che di ratifica devesi in questo caso parlare; imperocchè più facilmente dalla prima espressione che dalla seconda può dissociarsi il concetto di efficacia retroattiva; efficacia inconciliabile in diritto italiano colla necessità che l'ipoteca apparisca dai pubblici registri, e soltanto dal giorno della sua iscrizione in questi, esista sia di fronte ai terzi, sia di fronte allo stesso debitore. Cotale convalidazione, inefficace a danno dei creditori ipotecari del proprietario anteriore, io ho detto che neppur dovrebbe *a rigore* dare efficacia all'ipoteca in confronto dei creditori ipotecari dell'illegittimo ipotecante diventato proprietario, posteriori a questo fatto. *A rigore*, ho detto, perchè mi pare difficile, anzi impossibile

sostenere tal tesi in Italia, e dovunque persistono le tradizioni giuridiche romane intorno alla *exceptio doli*. In realtà l'*actio utilis hypothecaria*, concessa in diritto romano al creditore dell'ipotecante di cosa altrui, divenutone proprietario (l. 41, Dig. *de pign. act.*), ha in sostanza, come dice la Cassazione di Napoli nella citata sentenza 29 novembre 1879, per suo fondamento la *exceptio doli*. E anche vi si può ravvisare una speciale applicazione del canone: *quem de evictione tenet actio*, ecc. In altri termini, coll'ammettere nel giure romano, e nel diritto odierno italiano e francese, che l'ipoteca di cosa altrui, diventata poscia proprietà dell'illegittimo ipotecante, debba essere tenuta ferma, rimanga convalidata in confronto di quell'ipotecante e quindi anche dei creditori ipotecari posteriori e dei creditori chirografari dello stesso ipotecante, non devesi intendere di affermare un principio rigorosamente giuridico, cioè attribuire a quel fatto una virtù sanatoria retroattiva, che naturalmente gli spetti. Codesta azione retroattiva non è più rigorosamente ammissibile di quella della ratifica del proprietario vero, poichè ripugna all'indole assoluta della nullità dell'ipoteca di cosa altrui. La convalidazione dell'ipoteca di cosa altrui, diventata poscia proprietà dell'ipotecante, e del pari la convalidazione della vendita di cosa altrui, diventata poscia proprietà del venditore, non possono avere efficacia trascendente la relazione immediata fra il convalidante e i suoi aventi causa, e salvi pur restando i diritti dei terzi, fuorchè per concessione della legge, per mero suggerimento della equità legislativa. Se meglio non sarebbe abbandonare quel canone non soltanto in omaggio al rigor del diritto, ma anche onde prevenire i funesti abusi, che fu osservato poterne fare e farne i figli di famiglia (vedasi E. Bianchi, loc. cit.), io non voglio qui investigare. Mi limito a dire che siffatto canone è possibile in Francia ed in Italia fintantochè questi Stati non avranno un completo e perfetto sistema di pubblicità immobiliare. Dove questo esiste, come p. es. in Prussia, esso è inammissibile, perchè addirittura impossibile l'attuarlo. In un sistema siffatto non vi è maggiormente luogo a ratifica e convalidazione della ipoteca di cosa altrui, di quello che ad acquisto mediante prescrizione della cosa altrui venduta da un non proprietario, e, in generale, alla prescrizione immobiliare.

Ma ammettendo che l'ipoteca di cosa altrui possa avere efficacia giuridica, in virtù della cosidetta convalidazione, per avere poi

l'illegittimo ipotecante acquistato la proprietà dell'immobile, non è più possibile asserire che l'ipoteca di cosa altrui sia, in diritto odierno, non solo assolutamente nulla, ma inesistente. È questo il motivo, per cui più sopra, accennando la prima volta alla giuridica inesistenza della ipoteca di cosa altrui, io dissi soltanto che *a rigor di diritto* ella dovrebbe essere riconosciuta. Inesistente è invece l'ipoteca di cosa altrui dovunque viga un completo e perfetto sistema di pubblicità immobiliare, e tale essa è pure pei giureconsulti belgi dopo la pubblicazione della legge ipotecaria belgica del 1851. Che poi l'ipoteca di cosa altrui non possa venir convalidata nel creditore in virtù della prescrizione decennale, cioè dell'articolo 2137 del Codice civile, appena è d'uopo osservare; l'ipoteca non è diritto reale di per sè stante, e non è diritto reale accompagnato da possesso.

Una sola ed unica eccezione è da farsi al canone della nullità assoluta dell'ipoteca di cosa altrui, e riguarda l'ipoteca accordata da un erede apparente su immobili ereditari ad un creditore ereditario, od anche suo, di buona fede. È questa una delle applicazioni del generale canone statuito nell'art. 933 del Codice civile italiano intorno all'erede apparente. È valida siffatta ipoteca al pari della alienazione onerosa di cose ereditarie per parte di quell'erede; ma come siffatti atti, i quali a rigor di diritto sarebbero nulli, la legge italiana tien validi, avuto riguardo alla peculiarità dei rapporti intercedenti fra l'erede apparente ed i terzi, nulla certamente prova la validità loro, statuita da una legge positiva eccezionale, contro i generali principii del diritto, d'onde la nullità loro dovrebbe dedurre.

Neppure, come già accennai più sopra, è obbiezione che valga contro la dottrina propugnata in questo scritto, quella desunta da taluni, e anche da qualche giudicato, dal non essere stata ripetuta nel Codice civile italiano la locuzione: *immeubles actuellement appartenant au débiteur*, colla quale l'art. 2129 Codice Napoleone designa i beni che formano oggetto della ipoteca convenzionale. Come fu già da molti osservato (ved. E. Bianchi, l. c.), la ragione di tale omissione è semplicemente questa: che l'ipoteca convenzionale può cadere anche su beni di chi non è debitore, ma consente a darla per un credito altrui.

Posteriormente alla ristampa di questa monografia, venne pubblicata nell' ottimo periodico *Il Circolo giuridico di Palermo* (maggio, 1908), una monografia sullo stesso tema dell'avvocato G. Albanese-Ruggiero. Questi propugna la tesi opposta alla mia e di tanti altri scrittori, e ingegnosamente la propugna principalmente argomentando dall'analisi della vendita di cosa altrui, cioè da una interpretazione dell'art. 1549 Cod. civ., affatto diversa da quella da me propugnata. Ma non dà poi la debita importanza al principale argomento dei sostenitori della nullità assoluta dell'ipoteca su beni altrui. E questo argomento è la fede pubblica dei registri ipotecari, la quale sarebbe scossa dalle tesi della convalidazione dell'ipoteca su di un immobile altrui, per il fatto che lo ipotecante acquisti, p. es., per eredità o legato, l'immobile ipotecato. Eppure codesto argomento è gravissimo e invincibile. Io farò qui anche un'altra osservazione che non feci nel testo precedente. Un creditore chirografario del proprietario dell'immobile, da altri ipotecato, non ha modo di sapere di codesta ipoteca, e reputando libero quell'immobile da vincoli ipotecari, non domanda al debitore, nè si procura giudizialmente cauzione ipotecaria del proprio credito. Accaduta la pretesa convalidazione dell'ipoteca su quell' immobile a vantaggio del creditore e dell' ipotecante diventato proprietario, quel creditore chirografario del proprietario anteriore trova delusa la sua aspettativa, e non ha modo di soddisfarsi sull'immobile del proprio debitore! La separazione dei beni del proprio debitore da quelli dell'erede, che avesse appunto ipotecato un immobile di quello, non gli gioverebbe nulla!

L'art. 2010 del Codice civile e la stipulazione di garanzia ipotecaria di interessi anteriori al triennio.

Se per patto si possa estendere la guarentigia ipotecaria ad annate d'interessi anteriori al triennio contemplato nell'art. 2010 del Codice civile, è dibattuta e variamente risoluta questione. Tennero l'affermativa la Corte di Lucca, 20 dicembre 1892 (*Foro italiano,* 1893, I, 267), la Corte d'appello di Firenze, 30 dicembre 1893 (*Ib.*, 1894, I, 328), la Cassazione di Roma, a Sezioni unite, 28 febbraio 1895 (*Giur. it.*, 1895, I, 196), la Cassazione di Napoli, 5 luglio 1900 (*Foro ital.*, 1900, 1307), la Cassazione di Torino, 17 maggio 1901 (*Mon. Trib.*, 1902, 502); la negativa tennero la Cassazione di Firenze (*Foro it.*, 1893, I, 933) e la Cassazione di Napoli, 12 febbraio 1895 (*Ib.*, 1895, I, 438). L'opinione affermativa fu pure propugnata dal prof. E. Bianchi (*L'art. 2010 e gl'interessi moratorî*, ecc., Pisa, 1894), quella negativa dal Presidente onorario di Cassazione A. Banti (*Studio di giurisprudenza comparata sull'art. 2010 del Codice civile italiano,* Venezia, 1896).

Io pure preferisco l'opinione negativa, ed ecco il mio modo di intendere la questione, e di giustificare la soluzione da me preferita.

Codesta soluzione suole venire dimostrata con due argomenti: uno letterale, dicendosi: la disposizione che non accorda il grado stesso dell'ipoteca ad altri interessi, fuorchè a quelli delle due annate anteriori e di quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, è una disposizione proibitiva in genere dell'estensione di quel grado ad arretrati di interessi anteriori a quelle due an-

nato, e questa proibizione investe necessariamente anche una estensione siffatta convenuta nella stessa originaria costituzione dell'ipoteca. Se il legislatore avesse ritenuto possibile il contrario, avrebbe introdotto nell'art. 2010 una disposizione circa gli interessi, analoga a quella del capoverso 2° circa le maggiori spese giudiziali, onde *inclusio unius, exclusio alterius*. E si fanno anche disquisizioni scolastiche intorno al canone: *unica determinatio respiciens plura determinabilia omnia aequaliter determinat*. L'altro argomento è logico, cioè desunto dalla ragione della legge, dicendosi: il legislatore ha voluto coll'art. 2010, nel detto modo interpretato, prevenire un eccessivo cumulo di interessi a danno dei creditori posteriormente iscritti.

Entrambe le ragioni non sono senza valore, ma non mi pare decisiva la loro importanza.

Quanto alla prima, infatti, l'asserito carattere proibitivo dell'articolo 2010 non è manifesto, e non è quindi certo. L'applicazione poi del brocardico *inclusio unius*, ecc., non si fa, come pur sarebbe necessario, confrontando due cose identiche o affini, chè tali non sono gl'*interessi* e le *spese*.

Quanto alla seconda, essa non mi pare abbastanza appropriata. Imperocchè essa vale soltanto a giustificare il divieto di tutte le moderne legislazioni che la guarentigia ipotecaria si estenda tacitamente e indefinitamente agli interessi futuri del capitale ipotecato. In realtà non si comprende a quale sorpresa vadano esposti i creditori posteriori che trovino iscritto ipotecariamente insieme alla *sors* anche un *dato* numero di annate di interessi avvenire. E se tale argomento valesse, non si comprenderebbe come mai la preventiva iscrizione di un dato numero di annate di interessi, con efficacia dal giorno della iscrizione dell'ipoteca, sia stata espressamente permessa dal legislatore toscano nel Motuproprio 2 maggio 1836, nel quale però non è ammesso che l'ipoteca si estenda per virtù propria a tutti gli interessi avvenire indefinitamente.

Egli è adunque manifesto che colle ragioni solitamente addotte non si assicura la tesi da me pure preferita.

Per me la ragione vera, il criterio vero di interpretazione dell'art. 2010 è il seguente.

Il legislatore italiano, e prima di lui il francese e parecchi altri, hanno voluto non soltanto abbandonare il vecchio canone che la guarentigia ipotecaria si estenda *ipso jure* a tutte le eventuali

future rate di interessi, ma hanno altresì assunto come *norma generale* il principio che gli interessi, per essere suscettivi di guarentigia ipotecaria, devono essere *scaduti ed arretrati*, lo che trae seco necessariamente una iscrizione speciale di questi interessi, la quale prende grado dalla data. Rimane sempre un nesso virtuale fra gli interessi arretrati e separatamente iscritti, e la *sors*, imperocchè qual altro è il titolo per la iscrizione speciale degli interessi, di mano in mano scaduti, sul medesimo immobile, se non l'essere i medesimi una accessione alla *sors* o capitale iscritto prima (art. 444 Cod. civ.)? Ma affinchè questo titolo possa farsi valere, è necessario che ogni rata di interessi sia veramente scaduta ed arretrata, e quindi l'efficacia del titolo non può essere anteriore alla scadenza loro, rimasta infruttosa. Nel vecchio sistema, costituita l'ipoteca, questa esisteva subito anche per tutte le future rate d'interessi; avevasi così, oltre ad una ipoteca *certa* della *sors*, anche una ipoteca *eventuale*, fin dal giorno della costituzione della prima, per tutte le future rate d'interessi, che non venissero pagate. Ipoteca eventuale, cioè sospensivamente condizionata *alla realtà* del debito di interessi, e la cui efficacia, al verificarsi di questa condizione, si retrotraeva *ad initium negotii*. Nel sistema nuovo, iscritta l'ipoteca della *sors* realmente già dovuta, le eventuali future rate d'interessi non vengono, di regola, più considerate come guarentite eventualmente prima ancora della loro scadenza, ma soltanto come suscettive di una propria e speciale iscrizione, dopochè siano rimaste arretrate, e ciò in virtù bensì del nesso virtuale fra interessi e capitale, come d'accessorio a principale, ma assegnandosi appunto a codesto nesso il solo effetto di fornire un titolo a tale iscrizione, non già quello altresì di rendere efficace questo titolo in un'epoca anteriore alla scadenza delle singole rate d'interessi.

Tale ritenendosi il principio direttivo, la regola generale, da cui è stato ispirato l'art. 2010, riesce manifesta, in tesi generale, la inammissibilità di una valida ed efficace iscrizione ipotecaria eventuale di un qualunque numero di rate future d'interessi insieme al capitale, e colla stessa data dell'iscrizione di questo. È tanto incompatibile codesto concetto con quel principio, quanto lo sarebbe l'iscrizione ipotecaria eventuale in un col capitale, e collo stesso grado di questo, di tutte le future rate di interessi indefinitamente. Quale differenza infatti v'ha fra i due casi, tranne

quella, del tutto estrinseca, del non potere nel secondo caso facilmente il terzo creditore o compratore, calcolare con sicurezza il cumulo di interessi che già gravitano ipotecariamente sullo stabile insieme al capitale, collo stesso grado di questo? Ma appunto coloro i quali, per escludere l'ipoteca contemporanea e di pari grado del capitale e di un dato numero di annate d'interessi, non sanno addurre altro fuorchè il detto imbarazzo del terzo creditore o compratore, non possono pretendere veramente di persuadere nessuno, perchè il loro argomento, oltre al non essere sostanziale, neppure s'attaglia esattamente al caso che essi hanno di mira.

Io vado dicendo che all'art. 2010 presiede come *regola generale* il principio che gli interessi futuri del credito ipotecario non possono reputarsi debito prima che siano scaduti, nè quindi possono essere guarentiti dalla stessa iscrizione ipotecaria che guarentisce il capitale che a loro si estenda, prima ancora che siano scaduti. Così mi esprimo, perchè a tale regola il legislatore medesimo arreca eccezione rispetto alle due annate d'interessi anteriori alla trascrizione del precetto. Ma con qual fondamento attribuisco io al legislatore italiano siffatto pensamento, intrapreso in tal guisa l'art. 2010?

Il fondamento io lo ritrovo anzitutto nella stessa formulazione di questo articolo.

Esso, nel secondo suo capoverso, contiene due differenti disposizioni, delle quali, a mio avviso, l'una rappresenta la regola, e l'altra l'eccezione. La regola io la ravviso nella seconda parte dell'alinea, dalle parole *senza pregiudizio* in poi, poichè si riferisce agli interessi arretrati in generale, tranne quelli delle due annate anteriori alla trascrizione del precetto esecutivo, cioè a quelli che essa chiama giustamente *maggiori arretrati*; ed è la regola generale, a cui io feci allusione più sopra, cioè che quei *maggiori arretrati*, gli interessi anteriori alle due annate precedenti la trascrizione del precetto, non possono essere guarentiti con ipoteca se non mediante iscrizione speciale e dalla data di questa. L'eccezione io la ravviso nella prima parte del secondo capoverso, e riguarda gli interessi arretrati e non iscritti di due annate anteriori alla trascrizione del precetto e dell'annata in corso al momento di questa trascrizione, come pure delle annate successive e consiste in ciò che tutti questi interessi arretrati, non solo siano suscettivi

di guarentigia ipotecaria, benchè non iscritti, ma eziandio prendano lo stesso grado ipotecario del capitale, e debbano quindi reputarsi come già eventualmente guarentiti ipotecariamente insieme al capitale fin dalla costituzione dell'ipoteca di questo. Vi ha qui un caso in cui si deve dire: *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis?* È regola, tesi generale, lo ripeto, nel nostro diritto civile, che gli interessi di un capitale guarentito da ipoteca si possano bensì inscrivere ipotecariamente sul medesimo fondo, solo perchè accessorî del capitale, ma non siano veramente suscettivi di guarentigia ipotecaria, se non dopo che siano scaduti e arretrati, e debbano quindi essere specialmente iscritti, e prendere grado soltanto dal giorno di questa speciale iscrizione. Per me il legislatore avrebbe forse meglio fatto non accordando affatto eccezioni a tal regola, e riducendo il creditore ipotecario a semplice chirografario, almeno rispetto alle rate di interessi non pagate prima della trascrizione del precetto. Ma checchè *de jure condendo* in proposito si pensi, certo è che con tali eccezioni il legislatore moderno volle concedere qualcosa alle vecchie tradizioni e abitudini, mentre rispetto ai *maggiori arretrati* pose una regola affatto nuova e opposta a quelle.

E la ragione giuridica di questo importante mutamento di sistema è per me questa: che il debito degli interessi non esiste se non dopo la scadenza di questi, cioè per ogni rata d'interessi dopo la scadenza sua. È una proposizione codesta che a prima giunta sorprenderà più di un lettore, ma ciò nonostante verissima, e che molti altri hanno già propugnato prima di me, come p. es.: Duranton (vol. XX, n. 140), Delvincourt (vol. VIII, p. 126), Troplong (*Priv. et hyp.*, n. 700), Laurent (XXXI, n[i] 67, 68), benchè pur molti l'abbiano combattuta, come Cotelle (*Des intérêts*, ap. Banti, *l. c.*, p. 42), Blondeau (*Rev. de législ.*, IV, 276), Dalloz (*Rép. Priv. et hyp.*, n. 2423), Paul Pont (*Comm. priv. et hyp.*, numero 1023). E di vero, per quanto si dica e sia l'interesse un accessorio del capitale, è però quello un accessorio incerto, mentre il principale è certo, cioè il primo è un debito eventuale, mentre il secondo è un debito che già esiste. Non è neppure un debito condizionale quello degli interessi; perchè dalla volontà del promittente dipende, ed è noto che il *si volam, si voluerim*, non sono vere e proprie condizioni. Ora egli è ben naturale che una così essenziale differenza di fatto debba avere i suoi giuridici effetti.

Io ho già dimostrato più sopra (p. 216 e segg.), che l'ipoteca del debito futuro è efficace soltanto se il debito futuro sia *condizionale* in vero e proprio senso, non mai se l'esistenza sua dipenda dalla mera volontà di chi ha dato l'ipoteca. Da questa premessa discende a rigor di logica che l'ipoteca del capitale non può estendersi di per sè medesima agli interessi, appunto perchè, come ho osservato più sopra, il debito di questi è debito futuro, dipendente dalla mera volontà del promittente l'ipoteca. Oltracciò egli è da osservare che il moderno regime ipotecario è di pubblicità, e non ammette affatto che si iscriva nel registro ipotecario un debito meramente eventuale. E un tal debito è appunto quello degli interessi non ancora scaduti nè arretrati.

Per me, lo ripeto, l'art. 2010, estendendo l'ipoteca del capitale alle tre annate d'interessi che esso designa, non ha fatto che derogare al principio rigorosamente giuridico non esser gli interessi del capitale suscettivi di iscrizione ipotecaria, se non scaduti e arretrati. Ma appunto perchè è deroga codesta ad un rigoroso principio giuridico, non la si può coll'interpretazione estendere, e deve essere rigorosamente applicata nei termini e limiti enunciati dal legislatore.

Praticamente poi si raccomanda altresì il limitato sistema, seguìto dal nostro e da altri codici, circa l'ipotecabilità degli interessi, ove si ponga mente alla differente situazione dei creditori ipotecarii posteriori e dei chirografarii nel giudizio di distribuzione del prezzo dell'immobile ipotecato, secondo che quel nuovo sistema venga seguìto, oppure l'antico. Imperocchè, quantunque sia vero che tanto nell'uno quanto nell'altro sistema i detti creditori devono rispettare le impostazioni degl'interessi debitamente iscritti, a meno di provare che in realtà gli interessi furono in tutto o in parte pagati, il pericolo però della frode può essere molto maggiore nel vecchio sistema che nel nuovo. In quello, infatti, il creditore che ha riscosso gli interessi, ma che vuol colludere col debitore a danno dei terzi, non ha che a reclamare nel giudizio di graduazione l'impostazione simultanea di quelli e del capitale, mentre nel nuovo sistema quel creditore deve, nonostante il pagamento degli interessi, procedere egli stesso ad una positiva e speciale iscrizione dei medesimi. Ora ognuno deve ammettere che questo positivo atto fraudolento, oltre ad essere, appunto perchè positivo, meno facile a intraprendersi di quello che una

semplice insinuazione falsa in un giudizio di graduazione, è assai meno pericoloso pei creditori posteriori e pei chirografari per la stessa circostanza della sua necessaria ripetizione di anno in anno.

E così riesce chiaro che il legislatore nostro, al pari di molti altri, ebbe plausibili e sufficienti ragioni d'introdurre nell'art. 2010 quella regola nuova di cui sopra è discorso.

Poco importa poi che i motivi della legge suffraghino o no la tesi propugnata qui sopra, che cioè gli autori dell'art. 2010 siansi o no reso chiara ragione della *vis ac potestas* delle loro parole, ne abbiano o no avuto soltanto un intuito vago. La potenza delle parole e delle leggi è spesse volte maggiore dell'intendimento di chi le adopera e formula, e anche in questo senso è a dirsi talvolta che i motivi delle leggi non sono leggi. Checchè ne pensassero gl'autori dell'art. 2010, questo articolo non può essere interpretato che nel modo fin qui propugnato. Poichè esso non consente ipoteca degli interessi arretrati oltre a quelli delle annate da esso designate, se non particolarmente iscritti per ogni annata, e riceve in ciò spiegazione dal principio che di regola l'ipoteca del capitale non si estende a quella degli interessi, nè può altrimenti spiegarsi, così egli è impossibile sottintendervi un'altra deroga qualunque a quel principio, oltre a quella che esso articolo espressamente menziona, oltre a quella, cioè, delle due annate anteriori, e dell'annata in corso nel giorno della trascrizione del precetto esecutivo.

In realta molto si è discusso circa le cause e il significato della soppressione, fatta dalla Commissione del Senato, dell'inciso *e ad un cumulo di interessi maggiore del triennio, purchè ne sia presa la corrispondente iscrizione,* che si trovava nel progetto Pisanelli dell'art. 2010 (v. Banti, *l. c.*, pag. 48 e segg.). E, a dir vero, che la Commissione abbia inteso rendere omaggio, con tale soppressione, alla dottrina fin qui propugnata, circa l'ipoteca degl'interessi, è difficile supporlo, posto che, Pisanelli e Vacca, autore l'uno della legge, relatore l'altro al Senato, si dichiararono anzi favorevoli a quella iscrizione. Ma cosiffatte indagini e discussioni non hanno, a mio credere, nessun peso nella quistione di interpretazione dell'art. 2010, così come questo è da ultimo risultato scritto.

Se possano costituirsi nuove ipoteche sull'immobile esecutato, dopo la trascrizione del precetto.

Grandissima è la discordia dei giudicati italiani intorno alla questione sovraenunciata. Sono infatti favorevoli alla validità della costituzione di nuove ipoteche dopo la trascrizione del precetto (e non semplice iscrizione d'ipoteche costituite prima, convenzionali o giudiziali): Appello di Casale, 9 marzo 1869 (*Annali Giur. it.,* IV, 2, 374), Appello di Firenze, 17 maggio 1870 (*Ib.,* IV, 2, 262), e 15 dicembre 1888 (*Foro it.,* 1889, 421), Appello di Brescia, 9 settembre 1874 (*Ann. Giur. it.,* XI, 2, 628), Appello di Genova, 31 dicembre 1874 (*Ib.,* IX, 2, 99), Appello di Palermo, 9 settembre 1882 (*Foro it.,* 1883, I, 47), e 31 marzo 1902 (*Mon. Trib.,* 1902, 994), Sezioni unite, Cassazione di Roma, 18 maggio 1896 (*Foro,* 1196, 530), Appello di Napoli, 31 dicembre 1894 (*Giur. it.,* 1895, II, 198), Appello di Milano, 18 maggio 1898 (*Mon. Trib.,* 1899, 71), Appello di Cagliari, 27 dicembre 1906 (*Ib.,* 1907, 432). Sono invece contrari a siffatta tesi: Appello di Torino, 23 luglio 1878 (*Giur.,* 1878, 534), Appello di Venezia, 10 dicembre 1890 (*Mon. Trib.,* 1891, 133), Appello di Napoli, 5 dicembre 1890 (*Giur. it.,* 1891, 2, 335), Appello di Bologna, 24 febbraio 1893 (*Ib.,* 1893, 2, 243), Cassazione di Palermo, 30 dicembre 1891 (*Circ. giur.,* 1891, 315), e 30 dicembre 1897 (*Foro,* 1898, 229), 30 dicembre 1891 (*Circ. giur.,* 1891, 315), Appello di Palermo, 8 febbraio 1889 (*Foro it.,* 1889, 534), e 15 novembre 1895 (*Circ. giur.,* 1895, 224), Appello di Torino, 7 aprile 1894 (*Foro it.,* 1894, 1334), Appello di Casale, 23 luglio 1903

(*Mon. Trib.*, 1903, 810), Cassazione Roma, 14 febbraio 1895 (*Giurisprudenza it.*, 1895, I, 333), Cassazione di Roma, 17 aprile 1883, (*Foro it.*, 1883, 906), e 14 dicembre 1895 (*Giur. it.*, 1895, I, pagina 335).

E, come i tribunali, così pure sono discordi gli scrittori, essendo per la prima tesi: Pochintesta (*Priv. ed ipot.*, I, n. 224), Gargiulo (*Proc. civ.*, sull' art. 659, nota 16, 6), Cuzzeri (*Proc. civ.*, sull'art. 659, n. 16), Lomonaco (*Filang.*, 1889, I, 339), Luzzatti (*Trascriz.*, I, n. 364); e per la seconda tesi: Mancini-Pisanelli-Scialoia (*Comm. al Cod. di proc. civ.*, V, n. 895), Salucci (*Giur. tor.*, 1882, 177), Ricci (*Cod. civ.*, III, n. 148), Chiesi (*Sist. ipot.*, n. 709), Salucci (*Legge*, 1883, II, 649), Mattirolo (*Dir. giudiz.*, VI, n. 68, 69), ed altri ancora. Si direbbe quasi che finora di numero si bilanciano i suffragi fra le due opposte tesi nella cerchia degli scrittori, e prevalgono invece a favore della prima nella cerchia dei tribunali.

Io non presumo di gettar nuova luce su d'una quistione già tante volte e sotto tutti gli aspetti trattata, ma non esito a dichiararmi dell'avviso che il divieto di alienazione, contenuto nell'art. 2085 Cod. civ., comprenda anche la costituzione d'ipoteca.

A parer mio, la quistione in discorso non si può risolvere soddisfacentemente con soli argomenti desunti dalla lettera della legge. Convengo che argomenti di questo genere furono addotti opportunissimi a favore della tesi da me preferita, e taluno anche assai concludente, ma nessuno di essi mi pare decisivo di per sè solo, nè tali mi paiono neppure tutti questi argomenti uniti insieme. Ciò che deve dare il tratto alla bilancia in tutte le investigazioni di questo genere parmi dover essere la ragione, lo spirito della legge, desunto, s'intende, dalla lettera di questa, o da questa non contraddetto, e appunto mi sembra che da questo punto di vista la soluzione da me preferita sia anche quella veramente preferibile, e che, adoperati gli argomenti testuali a rincalzo di ciò che lo spirito della legge suggerisce, apparisca del tutto inoppugnabile la soluzione medesima.

E di vero, non è senza valore il richiamo che più volte fu fatto agli articoli 1016, 1404, 1407, 1741 Cod. civ., nei quali tutti l'alienazione e l'ipoteca vengono rappresentate come atti della stessa natura, ma a questo argomento è stato già risposto, e giustamente, che in molti altri articoli, p. es., negli articoli 29, 134,

224, 296, 679 Cod. civ., volendo il legislatore riferirsi all'ipoteca oltre che all'alienazione, fece menzione di entrambe.

Maggior valore ha l'altro solito argomento che, in lato senso, la parola *alienazione* comprende anche la costituzione di ipoteca. Imperocchè fu sempre notato dai giureconsulti che l'ipoteca racchiude una specie di diritto eventuale di alienare: *per hypothecam pervenitur ad alienationem*. E che per questa ragione tutte le volte che di *alienazione* in generale si parla, specialmente per circoscriverne la libertà, debbasi riferire il discorso anche all'ipoteca, fu opportunamente osservato essere testualmente sancito nel Codice Giustinianeo: *sancimus sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem, vel mancipium, manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi* (L. 7, Cod., *de reb. al. non alien.*). Al quale testo romano fu anche non infondatamente osservato fare riscontro l'articolo 1974 Cod. civ. ital. Imperocchè, se chi è capace di alienare può solo anche ipotecare, ne consegue che l'incapace di alienare è anche incapace di ipotecare. E per tutti questi riflessi acquista certamente una grandissima probabilità l'opinione che anche nell'articolo 2085 la vietata alienazione degli immobili si estenda altresì alla costituzione d'ipoteche. Ma è appunto una grandissima probabilità codesta, non vera certezza; imperocchè non si può escludere *a priori* che il legislatore possa in qualche caso, e propriamente anche in caso di divieto, avere inteso la parola *alienazione* in senso ristretto, anzichè in senso lato. Ciò non si può escludere che *a posteriori*, avendo riguardo cioè al caso di chi si tratta, e allo scopo della legge che questo caso concerne.

Anche la costante e antica, e non interrotta tradizione giurisprudenziale, da Giustiniano in poi, contraria alla costituzione di nuove ipoteche sugli immobili sottoposti a esecuzione, ha il suo peso nella trattazione della questione. Il regolamento gregoriano del 1834 (§§ 216, 218, 1253, 1306, 1307), il codice parmense (articolo 1098), il codice estense (art. 903), la legge toscana, 7 gennaio 1838, la legge napoletana, 29 dicembre 1828, furono tutte concordi su tale proposito. Anche la legge belgica, 15 agosto 1854, togliendo di mezzo la stessa questione sorta nell'interpretazione dell'articolo 692 del *Code de procédure civile*, statuì che la costituzione d'ipoteche fosse interdetta al debitore espropriato, dopo la

notificazione del sequestro esecutivo. E questo esempio belgico è specialmente autorevole anche per noi, perchè la detta legge, come bene osserva la suddetta sentenza della Cassazione di Roma, tolse al divieto dell'alienazione quel carattere di provvedimento ad esclusivo beneficio dei creditori ipotecari, che le dava il *Code de procédure civile*, col disposto del successivo articolo 693 (art. 687 della legge francese 2 giugno 1841). Laonde, mentre la legge belgica porge un argomento di più a favore dell'interpretazione, da me preferita, dell'articolo 2085 Cod. civ. ital., non osta invece a questa medesima interpretazione il contrario esempio della legge francese 2 giugno 1841, avendo questa legge mantenuto l'articolo 692 suddetto, che invece non trova riscontro nel Codice civile italiano. Anche in Francia però, benchè, dopo la detta legge, l'opposta tesi prevalga nella giurisprudenza, non manca però, come osservasi in una dottissima nota inserita nel *Foro italiano* (1896, 530 e segg.), chi insorge contro di essa.

Forte è pure, in favore della tesi che io propugno, l'argomento desunto da ciò che l'articolo 2085 statuisce circa la condizione giuridica del debitore espropriato dopo la trascrizione del precetto. Riducendolo infatti a semplice sequestratario, il quale non può alienare neppure i frutti dell'immobile, in confronto del quale non è possibile ottenere pignoramento dei frutti, neppure come misura di conservazione, come dichiarò la Corte di Catania con sentenza 6 settembre 1895 (*Foro it.*, 1896, I, 38), sembra davvero impossibile ad ammettersi che il legislatore abbia voluto lasciare al debitore espropriato il diritto tanto maggiore di ipotecare. È forse l'ipotecare un atto di ordinaria amministrazione, e precisamente di ancor più ordinaria amministrazione, che non la semplice alienazione dei frutti, od avvi forse essenziale differenza fra pegno e ipoteca? Il contrario è vero, e da molti luoghi del Codice civile apertamente risulta, come, p. es., dagli articoli 29, 134, 224, 296.

Non è neppure da dispregiarsi l'argomento desunto dall'articolo 2088 Cod. civ. Imperocchè se il debitore esecutato potesse anche dopo la trascrizione del precetto, accordare ipoteche, diventerebbe impossibile al giudice esercitare la facoltà datagli da quell'articolo di limitare la subastazione, ad istanza del debitore, ai beni riconosciuti sufficienti al pagamento del creditore istante e dei creditori iscritti. Le Sezioni unite della Cassazione di Roma

rispondono che " di quelle facoltà il giudice fa sempre uso con criteri approssimativi e con largo margine ", ma se si dà facoltà al debitore esecutato di costituire nuove ipoteche, come può il giudice con sufficiente sicurezza calcolare il margine fino al quale, e non oltre, la spropriazione possa spingersi senza danno dell'esecutante?

Davvero poche quistioni si possono risolvere con argomenti testuali della forza suaccennati. Eppure io persisto nel dire, come dapprincipio, che una profonda e solida convinzione non si può mai avere di una soluzione qualunque con soli argomenti di tal genere, e per quanto forti per sè medesimi. Se nel caso presente l'esclusione della facoltà di ipotecare non si riesce a convalidare altresì colla ragione della legge, quella tesi non è ancora dimostrata; ma se un valido argomento di tal genere si possa aggiungere a quelli testuali addotti sopra, la quistione può reputarsi fondatamente in quel senso risoluta.

Ora, la ragione della legge è anche per me, come per la Cassazione di Roma nella citata sua decisione 7 aprile 1883, non meno sicuramente favorevole, della lettera, alla tesi della incapacità del del debitore espropriato di dare ipoteca posteriormente alla trascrizione del precetto.

Per qual ragione il legislatore italiano vietò al debitore spropriato l'alienazione dell'immobile esecutato, dopo la trascrizione del precetto?

Fu detto che la ragione è l'economia del giudizio, onde l'esecutante non sia costretto a ricominciare la procedura ad ogni nuova alienazione dei beni esecutati. Ed è ben giusta osservazione codesta. Ma essa risolvesi nel dire che il legislatore ha voluto assicurare il credito dell'esecutante che ha ottenuto e fatto trascrivere il precetto esecutivo sui beni esecutati, per quanto gli potrà toccare del valore di questi nel giudizio di graduazione. Dare al creditore esecutante siffatta sicurezza è proposito ben giusto, ed è quindi ragionevole e lecito attribuirlo al legislatore. Questa, e non altra, è la ragione della legge che divieta l'alienazione degli immobili su cui è stato trascritto il precetto esecutivo.

Il creditore esecutante, infatti, può essere un chirografario, munito di un titolo esecutivo, che non sia una sentenza o un provvedimento giudiziale produttivo d'ipoteca. A che pro escuterebbe egli i beni del debitore, se, durante l'esecuzione, questi gli sfu-

massero? Il Codice civile austriaco, il quale non conosce ipoteca giudiziale, assicura in ogni caso il creditore esecutante, facendo nascere un vero diritto reale dal pignoramento; tutte le altre legislazioni, compresa la nostra, le quali non adottano quel principio, fanno nascere la semplice inalienabilità dal precetto esecutivo. O un espediente o l'altro erano indispensabili, onde il diritto di esecutare non diventasse vano tutte le volte che il creditore non avesse ipoteca, neppure giudiziale. Un altro espediente avrebbe ancor potuto adottare il nostro legislatore, adottato pure dal legislatore austriaco, quello di estendere il regime del fallimento ai non commercianti. E veramente io credo che questa riforma sarebbe utile assai, e conforme a giustizia, perchè tutelerebbe, più che nol siano ora, gli interessi privati contro la mala fede altrui, togliendo, anche su questo punto, una ingiustificata differenza fra commercianti e non commercianti. Bene inteso, semplificando e riformando il regime attuale del fallimento. Ma checchè si pensi in proposito, certo egli è che il legislatore italiano, decretando l'inalienabilità dell'immobile esecutato, ha fatto qualcosa più che assicurare l'esito di una procedura; egli ha voluto, come era dover suo, assicurare il diritto del creditore esecutante non assistito da ipoteca, impedire che lo stesso diritto di esecuzione e di espropriazione forzata non diventasse per lui illusorio.

Or se questa è la ragione dell'art. 2085, egli è evidente che, dopo la trascrizione del precetto esecutivo, non soltanto l'alienazione dell'immobile esecutato vi ripugna, ma ancora la semplice costituzione d'ipoteca. Imperocchè egli è chiaro che, se il prezzo dell'immobile esecutato, distribuito fra i creditori aventi diritto d'ipoteca anteriore alla trascrizione del precetto, compreso magari fra essi anche il creditore esecutante, il quale avesse una ipoteca, inferiore all'ammontare del suo credito, e per la quale differenza il creditore ipotecario non differisce dal chirografario, lasciasse un margine, non potrebbe mai il creditore esecutante venire soddisfatto, o in tutto o in parte, egli avrebbe promosso la stessa procedura di espropriazione, se quel margine gli potesse venire tolto da un'ipoteca accesa sull'immobile esecutato dopo la trascrizione del precetto. Egli è quindi evidente che, poichè la parola *alienare*, in proprio, benchè lato, senso giuridico, comprende anche la costituzione di ipoteca, questo lato significato, e non già quello stretto, le si deve attribuire nell'articolo 2085. Ed è così

forte argomento codesto, che non gli si potrebbe resistere, se non se il legislatore avesse espressamente detto che il debitore esecutato può ipotecare, mentre di alienare gli fa divieto.

Non soltanto però al creditore chirografario esecutante vuolsi por mente, onde comprendere la ragione, lo spirito dell'articolo 2085, e la ragionevolezza di estendervi il significato della parola alienazione anche alla semplice costituzione d'ipoteca, ma io credo, e lo stesso crede il Luzzati (*l. c.*), anche ai creditori chirografari estranei all'esecuzione. Incivile non parmi il supporre che il divieto di alienare il legislatore abbia statuito nell'articolo 2085, anche nell'interesse di questi creditori.

Il debitore esecutato è il più delle volte persona che non ha altri mezzi di pagamento al di là delle cose, su cui cade l'esecuzione; in pari tempo egli è anche molte volte persona poco rigorosa in fatto di onore, per così dire, economico, cioè di quell'onore che consiste nel non far debiti senza la sicurezza di poterli rimborsare. Ora una tal persona, costituita per giunta nell'umiliante condizione di dover subire una espropriazione forzata, non può non sentire molte volte una forte tentazione di completare il naufragio del proprio onore e dei propri creditori, salvando almeno qualcosa per sè stesso, e su cui nessun altro possa stendere la mano. E a ciò si presterebbe benissimo una alienazione o una costituzione d'ipoteca durante la procedura esecutiva, se appena col ricavo di tali negozi fosse possibile mettere in disparte qualcosa, dopo soddisfatto l'esecutante e tutti i creditori iscritti.

Ciò è tanto vero, che il nostro legislatore ha formulato divieto dell'art. 2085 in termini assoluti e non condizionati; egli non ha permesso cioè al debitore esecutato l'alienazione, ove l'acquirente soddisfi i creditori iscritti, come appunto ciò permette l'articolo 693 (687 v. retro) del *Code de procédure civile*. Se anche il nostro legislatore avesse adottato una simile disposizione, allora veramente sarebbe poco fondata l'opinione, che il divieto dell'alienazione in discorso mirasse al bene dei creditori chirografari, poichè a questo fine il divieto deve manifestamente essere assoluto. Ma come appunto assoluto è il divieto, lo si deve reputare preordinato anche alla tutela dei creditori chirografari, voluta dagli equi riguardi accennati sopra.

E a questa conclusione conduce anche il finale disposto dell'articolo 2092 Codice civile in materia di graduazione.

È detto qui che, sopravanzando una parte del prezzo dopo collocati i creditori privilegiati ed ipotecari, la si debba distribuire fra gli altri creditori comparsi. Costoro non possono essere che chirografari. Così il legislatore alla fine della procedura di esecuzione, nel giudizio di graduazione, si è dato pensiero e cura anche dei creditori chirografari, estranei alla esecuzione, e in nessun modo assicurati sui beni esecutati. Egli stesso li volle richiamare in tale occasione a far valere a loro profitto il diritto del loro debitore sul prezzo residuo. Or se ciò dispone il legislatore rispetto alla fine della procedura di espropriazione, come può non credersi che gli stessi riguardi, gli stessi intendimenti lo abbiano diretto in tutto l'ordinamento di quella procedura, che cioè il divieto assoluto dell'alienazione, di cui parla l'articolo 2085, miri esso pure alla tutela dei creditori chirografari, e prepari così l'ulteriore applicazione della clausola finale dell'articolo 2092? Ciò posto, egli non è meno chiaro pei creditori chirografari non esecutanti, di quello che si è veduto sopra esserlo per il chirografario esecutante, che non si provvederebbe affatto ai loro interessi, se, oltre al divieto di alienare, non colpisse l'esecutante anche quello di ipotecare, se il proprio e lato senso della parola *alienare*, negli articoli 2085, 1974 non si reputasse inteso e voluto di preferenza dal legislatore.

Se dunque la ragione e lo scopo della legge, confermati, cioè non contraddetti, dal testo di questa, fanno apparire del tutto irrazionale l'ipotesi che il legislatore, all'articolo 2085 del Codice civile, abbia inteso possibile concessione d'ipoteca per parte di colui a cui interdice l'alienazione, e se la quistione si riduce alla preferenza da darsi al senso più lato o a quello più stretto della parola *alienare* in quell'articolo adoperata, a me pure, come a tanti altri, non sembra dubbio doversi senza esitazione quel più lato senso preferire, cioè ritenere per fermo che il legislatore lo abbia di preferenza avuto di mira, siccome quello solo che razionalmente egli poteva e doveva preferire.

Ribadisce questa conclusione l'esame degli argomenti avversari oltre a quelli già incidentalmente accennati più sopra.

Le Sezioni unite della Cassazione di Roma, nella citata loro decisione, affermano che la qualità di sequestratario, che l'articolo 2085 attribuisce al debitore esecutato, si riferisce soltanto alla conservazione dei frutti. Al che si può rispondere che l'esecutato non può

neppure affittare l'immobile senza il consenso del tribunale. Ed ora come potrà egli avere la facoltà di dare ipoteca, la quale è certamente più rilevante di quella di affittare? — Un altro obbietto è desunto dai casi, nei quali il Codice civile, volendo designare, oltre all'alienazione totale e definitiva, anche quella parziale ed eventuale, che è la costituzione dell'ipoteca, menziona questa espressamente, e tali sono quelli degli articoli 29, 296, 679, 1404. Anche questo obbietto non ha valore, imperocchè in tutti gli anzidetti casi, se ben si riflette, le persone, di cui si tratta, o non si trovano in una situazione giuridica, la quale per sè medesima escluda ogni e qualsivoglia disponibilità dell'immobile come quella del debitore esecutato (art. 296), oppure anche per esse, come per il debitore esecutato, attesa la condizione giuridica loro, la menzione dell'ipoteca oltre che dell'alienazione è superflua, e avrebbe ben potuto sottintendersi (art. 29, 679, 1404). — Ancora un altro obbietto, rivolto specialmente all' argomento desunto dall' articolo 1974, consiste nel dire che la capacità di alienare, di cui in questo articolo è menzione, è da intendersi capacità *subbiettiva* delle persone di cui è parlato all'articolo 1106, mentre l'articolo 2085 statuisce piuttosto una incapacità *obbiettiva* di alienare. Anche questo obbietto non ha buon fondamento. Imperocchè del tutto impropria è la espressione *capacità obbiettiva*; la incapacità statuita dall'articolo 2085 è una vera e propria incapacità di una persona, cioè del debitore esecutato, benchè rispetto ad una data cosa e per un certo tempo soltanto. Laonde, nel lato senso suo, la espressione *persona capace di alienare*, adoperata nell'articolo 1974, comprende ogni guisa di incapacità, e non meno quella parziale e passeggiera dell'articolo 2085, che quelle generali e durevoli dell'articolo 1106.

Argomenti apparentemente migliori, addotti a sostegno della tesi da me combattuta, sono quelli che ora io vengo a considerare.

Si vuol dedurre la capacità di ipotecare del debitore esecutato, dalla persistenza in questo della proprietà dell'immobile fino all'avvenuta aggiudicazione. Può benissimo, si dice, la legge limitare il diritto di proprietà, ma ogni limitazione di questa deve essere espressamente statuita e non può venir mai presunta; ora la legge ha bensì divietato espressamente al debitore l'alienazione dell'immobile esecutato, ma ha taciuto invece della facoltà di ipotecarlo.

A ciò si risponde che in una materia, nella quale i naturali effetti del diritto di proprietà sono già dalla legge in parte negati e tolti, la questione, se in qualche altra parte si debbano o no ritenere i medesimi negati e tolti del pari, benchè la legge nol dica, non si può manifestamente risolvere, invocando il concetto generale della proprietà, ma bensì esaminando e scrutando il sistema e lo spirito della legge, di cui si tratta, onde scorgere se appunto per aver ella negato espressamente taluni effetti della proprietà, debbasi intendere o no avere escluso eziandio un altro effetto che non nomina, e non ostante questo silenzio e per mera ragione di logica coerenza. Nè a questa disamina può menomamente ostare il canone, che le leggi restrittive non si possano interpretare estensivamente. Ciò è vero soltanto, ove dubbio rimanga l'intendimento della legge restrittiva, che del resto queste leggi non si sottraggono più delle altre alla logica interpretazione, e sarebbe ridicola tesi quella, che una legge restrittiva non potesse assolutamente mai in nessuna misura estensivamente interpretarsi, neppur quando ciò fosse indispensabile, affinchè essa non fosse in contraddizione con sè medesima, cioè colla manifesta ragione delle disposizioni espresse che vi si contengono.

Un altro forte argomento credesi di poter desumere, a favore della tesi da me combattuta, dai Motivi del Codice civile, cioè dall'essere stata omessa nei Progetti Miglietti e Pisanelli la espressione “ nè assoggettare ad ipoteche „, che si trovava nel Progetto Cassinis, all'articolo corrispondente all'attuale 2085. Ma, come giustamente osserva l'anonimo scrittore della ricordata nota inserita nel *Foro Italiano* (1896, p. 530 e seg.), la proposta di quella omissione era stata fatta dal Tribunale di 3ª istanza di Milano, il quale, predominato dalle dottrine del Codice civile austriaco, credeva che, come in questo, così anche nel codice civile italiano il pignoramento giudiziale, accordato all'escutante, dovesse conferire a questo un vero diritto reale sull'immobile esecutato, il che non è affatto. Se quindi gli autori del Codice civile italiano avessero, come dicono le Sezioni unite della Cassazione di Roma, *fatto tesoro* di quella proposta, o avrebbero commesso lo stesso errore del Tribunale di 3ª istanza di Milano, e quindi per questa parte i Motivi del Codice civile non avrebbero alcun peso nella soluzione della quistione; oppure avrebbero accettato la proposta milanese da un altro punto di vista che non si conosce, e

ancora quei Motivi lascerebbero pienamente impregiudicata la questione.

Affermasi ancora, che, sia il creditore chirografario esecutante, sia un creditore chirografario del tutto estraneo all'esecuzione, possono sempre impugnare e togliere di mezzo le ipoteche, costituite dal debitore dopo la trascrizione del precetto, mediante l'azione revocatoria. Ma questa sembrami un'osservazione leggera. Basterà forse al creditore chirografario provare il danno, sia pure irreparabile, che gli proviene da un'ipoteca data dal debitore dopo la trascrizione del precetto, perchè questa ipoteca debba essere reputata dal giudice atto fraudolento, e precisamente per mala fede d'entrambe le parti, giusta il disposto dell'articolo 1235? No, certamente, ma la prova del *consilium fraudis* è tutt'altro che facile sempre.

Finalmente si dice dai fautori della tesi da me combattuta essere conveniente nell'interesse di tutti i creditori lasciare al debitore esecutato la possibilità di disinteressare l'esecutante e i creditori iscritti, mediante un mutuo ipotecario conchiuso appunto dopo la trascrizione del precetto. Se questo fosse stato il pensiero del legislatore nostro, perchè non avrebbe egli, al pari del legislatore francese, permesso al debitore anche di alienare dopo la trascrizione del precetto, quando per mezzo di questa alienazione egli potesse raggiungere quello scopo? Ma se ciò non volle il legislatore, la ragione fu unicamente, come già notai, il riguardo ai creditori chirografari, laonde la detta osservazione si risolve semplicemente nel negare senza motivi di sorta, o, meglio, nel non supporre neppure, che anche il detto riguardo sia entrato nelle mire del legislatore.

In conclusione: l'inammissibilità delle nuove ipoteche costituite dal debitore esecutato dopo la trascrizione del precetto, benchè non scritta nell'articolo 2085 del Codice civile italiano, è nondimeno a ritenersi voluta e intesa dal nostro legislatore, onde abbia tutto il suo effetto la ragion vera del divieto della stessa vera e propria alienazione dei beni esecutati, cioè siano salvaguardati i diritti dei creditori chirografari, esecutanti o no; — è poi in pari tempo quella inammissibilità suffragata dal rimanente contenuto dall'articolo 2085, e da molti altri argomenti di testo favorevoli alla interpretazione data alla parola *alienazione* nell'articolo medesimo; — la tesi contraria si appoggia invece principalmente su mal si-

curi argomenti letterali, non si cura affatto nè della ragione e dello spirito dell'articolo 2085, nè di tutto il contenuto di questo articolo; chiama invece a suo appoggio taluni generalissimi principii di diritto, di fronte ai quali nessuna disposizione dell'articolo 2085 potrebbesi giustificare, nè comprendere.

Servitù legale e risarcimento.

L'articolo 68 della legge sui lavori pubblici, analogamente al disposto dell'articolo 575 del Codice civile, statuisce non potersi fare escavazione nelle proprietà latistanti a strade pubbliche, e quindi anche alle ferrovie pubbliche (v. art. 234 legge sui lavori pubblici), a distanza minore della loro profondità, nè mai a minor distanza di tre metri. Se ora accade che, in conseguenza della costruzione di una ferrovia pubblica, un proprietario latistante si trovi impedito di spingere dentro la detta zona la escavazione di un terreno suo, in cui era già in esercizio una cava, quando la ferrovia venne costruita, si domanda se egli abbia diritto a indennità.

Fu risposto di no, allegando il canone generale, che le servitù legali non dànno diritto a risarcimento.

Ma codesto canone, in così generali e assoluti termini formulato, io non credo vero. Io credo che si debba distinguere caso da caso, e che vi siano casi, nei quali la indennità è dovuta a chi è passivo di una legale servitù.

Se si tratta di servitù legali, di cui ogni proprietario può tanto facilmente valersi, quanto subire l'esercizio da un altro, non vi ha obbligo di indennità in chi le esercita. E ciò è ben giusto e naturale; come ognuno può giovarsi della servitù, i vantaggi di essa compensano per ognuno gli inconvenienti. Per questa ragione appunto non v'ha indennità per lo esercizio della così detta servitù di distanza delle nuove costruzioni o piantagioni.

Ma allorquando l'obbligo della indennità non è escluso dalla na-

turale reciprocità dell'esercizio della servitù legale, l'indennità può benissimo essere dovuta da colui che la esercita.

È anzitutto un caso di questo genere quello, in cui richiedesi che una parte della cosa o del fondo serviente entri nel possesso del proprietario dominante, e una parte della positiva utilità della cosa o del fondo vien sottratta al proprietario serviente, e attribuita al dominante. Così, per esempio, è dovuta indennità al proprietario serviente nella servitù di acquedotto (art. 599 Cod. civ.), al proprietario di una sorgente, da cui un comune attinga l'acqua a lui necessaria (art. 542 Cod. civ.), e al proprietario soggetto a servitù di passaggio coattivo (art. 594 Cod. civ.).

Ma non sono questi, a mio credere, i soli casi di dovuta indennità per l'esercizio di una servitù legale.

Quand'anche il fondo serviente rimanga nel possesso ed esclusivo godimento del proprietario suo, se la servitù legale non è di quelle per loro natura reciproche fra i fondi, di quelle servitù cioè che sono, per così dire, inerenti naturalmente al rapporto di vicinanza, e coi fondi si identificano, quali modalità di questi, o, come dicevano i Romani, *fundi qualiter se habentes*, e la servitù diminuisce *l'entità economica* del fondo serviente latistante a proprietà private, non è un effetto ma un disturbo delle naturali relazioni che fra queste intercedono. La tolleranza quindi, senza compenso di sorta, delle servitù che la strada pubblica impone a quelle private proprietà non può ripesare sulle ragioni che le impongono le servitù prediali legali fra confinanti. Se cioè in quanto quelle servitù, non solo limitano la libertà dei proprietari latistanti, ma ne diminuiscono realmente il valore patrimoniale dei loro fondi, non c'è ragione nessuna perchè un risarcimento, un compenso non debba essere dato. Or non è dubbio che indennità gli sia dovuta.

E tale è appunto il caso pratico accennato al principio di questo scritto.

L'apertura di una nuova strada pubblica latistante a proprietà private non è un effetto ma un disturbo delle relazioni che fra queste intercedevano. La tolleranza quindi, senza compenso di sorta, delle servitù che questa strada impone a quelle proprietà non può riposare sulle ragioni che la impongono rispetto alle servitù legali fra confinanti. Se ed in quanto quelle servitù non solo limitano la libertà dei proprietari latistanti, ma diminuiscono il valore dei loro fondi, non c'è ragione nessuna perchè un ri-

sarcimento non debba essere dato. Or non è dubbio che la impedita escavazione di cave e miniere nei fondi latistanti alla strada pubblica, è diminuzione dell'entità economica, del valore economico di questi. Purchè, s'intende, la escavazione di un minerale utile fosse già avvenuta nel terreno colpito dalla servitù stradale, od anche avesse cominciato ad essere escavato più in là, onde poi venir continuata anche in quel terreno. Imperocchè, di cave e miniere che non erano conosciute, oppure, benchè conosciute, non erano in esercizio quando una espropriazione per pubblica utilità è stata fatta, è pacifico nella giurisprudenza non doversi indennità neppure dall'espropriante.

Si obbietta che i casi, nei quali l'utente una servitù legale deve risarcire il serviente, sono espressamente designati dalla legge, e che questa non contiene affatto canoni generali, come quelli anzidetti circa il risarcimento di servitù legali.

Rispondo che la legge non ha esposto tali generali canoni, soltanto perchè sono molto rari i casi a cui applicarli. Sono rari gli stessi casi di servitù legali che traggono seco locupletazione diretta del dominante, epperò la legge si è limitata a provvedere per ciascuno di essi nei citati articoli 542, 594, 599. Ma sono ancor più rari i casi di servitù legali, le quali involgono una positiva sottrazione di una parte del patrimonio del serviente, e non soltanto onere e conseguente deprezzamento di esso, epperò la legge li ha contemplati ancora più scarsamente. In realtà non si può addurre altra disposizione legislativa di questo ultimo genere, fuorchè l'articolo 240 della legge sui lavori pubblici, che dà diritto a indennità ai proprietari, latistanti a una ferrovia pubblica, per demoliti edifizi, o muri, o siepi, o piante, o capanne, ecc. Ma tutte queste staccate disposizioni rispondono però ad un principio razionale, all'esclusione quindi del preteso canone generale ed assoluto che da servitù legali non possa mai provenire diritto a risarcimento, al principio, cioè, che dalla servitù legale proviene diritto a risarcimento, ov'essa cagioni positiva diminuzione della proprietà serviente, con locupletazione o no del proprietario dominante. E come, soltanto per la rarità delle applicazioni, siffatto general principio non è stato espressamente formulato dal legislatore, esso lo si deve sottintendere alle applicazioni parziali che egli ne fece, e lo si deve applicare in tutti quegli altri casi, che il legislatore non ebbe affatto nè a prevedere, nè a contemplare.

Ma anche un'altra via più diretta e più breve conduce alla tesi da me propugnata.

La servitù di non escavazione, nel caso considerato dapprincipio, come ogni altra consimile servitù legale occasionata dalla costruzione d'una via pubblica, implica in sostanza una espropriazione, è parte cioè ed effetto di quella espropriazione per causa di pubblica utilità, per mezzo della quale la via pubblica viene fatta. Ora l'articolo 46 della legge sulle espropriazioni per causa di pubblica utilità, escludendo indennità per semplici privazioni di *utili a cui l'espropriato non aveva diritto*, non può certamente applicarsi ai casi suddetti, in cui l'utilità perduta è vera depauperazione dell'espropriato. Il serviente per legge è in tali casi un vero espropriato, il quale deve essere risarcito.

Consuona perfettamente colla suesposta dottrina una sentenza della Corte d'appello di Modena, 29 marzo 1887 (*Foro it.*, 1887, 1, 620).

Compositore di musica, e poeta.

A tutti i giuristi, e a moltissimi non giuristi, è nota la quistione insorta, fra Verga, autore del dramma *Cavalleria Rusticana*, da una parte, e Mascagni, autore dell'opera da quel medesimo titolo, e l'editore suo, Sonzogno, dall'altra. Triste quistione, perchè in essa due fra i più eletti ingegni italiani contemporanei disputavano di danaro in nome dell'arte, ma importantissima quistione in pari tempo. Imperocchè i passi di legge, di fronte ai quali essa è stata sollevata e discussa, non possono, come si vedrà, venire interpretati senza risalire alla ragione della legge, la qual ragione è, in generale, l'intimo rapporto intercedente fra il prodotto intellettuale e il suo autore, sottile quindi assai di sua natura, ma nel detto particolare caso ancor più, perchè ella consiste nel duplice rapporto di un'unica opera d'arte, di una composizione musicale, con due autori, il musicista e il poeta, e nella proporzione in cui si trova il lavoro intellettuale dell'uno, con quello dell'altro. E ad accrescere l'importanza della quistione si aggiungeva allora l'assoluta novità di essa nella giurisprudenza italiana.

La fattispecie, che diede luogo alla quistione, era la seguente. Mascagni aveva avuto permesso da Verga di valersi del dramma *Cavalleria Rusticana*, per ricavarne il testo di un'opera musicale, e si era obbligato a retribuirlo con " quella parte di utili che la legge gli attribuiva sugli introiti per diritto di autori ". Ma una disposizione di legge di questo genere non esiste, epperò rimase impregiudicata fra il Verga e il Mascagni la quistione del

come e del quanto il primo dovesse essere retribuito dal secondo, quando l'opera musicale sul testo del Verga fosse stata effettivamente composta e rappresentata. Il Mascagni non musicò il dramma prosastico di Verga, ma una riduzione di questo a libretto musicale in versi, da lui commessa ai valenti Targioni-Tozzetti e Menasci. Riduzione, libretto, in cui è conservata bensì la favola del Verga, e conservati sono i personaggi, l'andamento, e le situazioni drammatiche del dramma in prosa, ma vi sono anche introdotti notevoli aggiunte, e qualche personaggio di più. Ottenuto dall'opera del Mascagni quel rapido e mondiale successo, che tutti sanno, accompagnato naturalmente da ragguardevoli incassi e lucri per il compositore, e per l'editore suo, il Verga si fece avanti domandando la parte spettantegli, come *coautore*, a termini delle leggi esistenti, e, non essendo stato possibile amichevole accordo fra le parti, il Verga ricorse ai Tribunali.

La quistione si aggirava intorno all'interpretazione degli articoli 5, 6 della citata legge 19 settembre 1882 sui diritti d'autore.

L'articolo 5 suona: “ quando il diritto esclusivo di pubblicare, di riprodurre, o di spacciare un'opera appartiene in comune a più individui, si presume, sino a prova contraria, che tutti ne abbiano una parte eguale, e ciascuno di essi può esercitare per intiero quel diritto, salvo agli altri la facoltà di ottenere il compenso della parte che loro spetta. — In caso di cessione, sono tenuti in solido a questo compenso il cedente e il cessionario, se a quest'ultimo era noto che il diritto cedutogli apparteneva in comune anche agli altri ”.

L'articolo 6 suona: “ lo scrittore di un libretto o di un componimento qualunque, posto in musica, non può disporre del diritto di riprodurre e spacciare la musica; ma il compositore dell'opera musicale può farla riprodurre e spacciare congiuntamente alle parole, a cui la musica è applicata. — Lo scrittore in tal caso ha il diritto medesimo concesso dall'articolo precedente a chi ha in comune con altri il diritto di autore sopra una stessa opera ”.

Applicando questi due articoli alla suddetta fattispecie, Verga pretendeva comunione di diritti con Mascagni sull'opera *Cavalleria Rusticana*, e questa comunione pretendeva di parti eguali, perchè niuna prova si potesse nel caso dare di una maggior parte di merito e quindi di diritto, nell'uno o nell'altro contrario. In altri termini, Verga pretendeva la metà di tutti quanti i lucri fatti e da farsi

da Mascagni e dall'editor suo, sia colla rappresentazione teatrale dell'opera *Cavalleria Rusticana*, sia collo spaccio di ogni guisa di riduzioni, trascrizioni, totali o parziali, della medesima, destinate ad ogni altra specie di esecuzione privata e pubblica.

Mascagni e Sonzogno negavano recisamente la comunione eguale dei lucri in discorso con Verga, non gli volevano accordare che una partecipazione assai minore, e propriamente in forma di prezzo o compenso del servizio da lui prestato alla composizione musicale colla sua opera letteraria. E adoperavano varie specie di argomenti onde porre in essere la *contraria prova*, di cui è detto nell'art. 5.

La lite, definita dal Tribunale di Milano con sentenza 12 marzo 1891, pienamente favorevole alle pretensioni di Verga, lo fu poi, in modo più favorevole a Mascagni che a Verga, dalla Corte di Milano, con sentenza 16 giugno 1891, confermata dalla Cassazione di Torino con sentenza 9 agosto 1892.

La quistione sostanziale e più generale che quella lite implicava, era questa: se si possa ammettere comunione in parti eguali fra l'autore di un prodotto letterario musicabile, e il compositore che lo mette in musica, e ne fa una canzone, un'opera od una composizione di altro nome qualunque.

Codesta quistione è anzitutto psicologica, perchè si connette coll'anteriore ricerca se alla produzione letterario-musicale si possa ammettere che poeta e compositore abbiano in ugual misura contribuito. Ella vuol bensì venir risoluta interpretando gli articoli 5, 6 surriferiti dalla legge 19 settembre 1882 sui diritti d'autore. Ma egli è a ritenersi che lo stesso legislatore abbia anzi tutto rivolto il suo pensiero a quel psicologico problema, e quindi lo studiarlo è pure a ritenersi utile. Potrebbe darsi che questi articoli, rettamente intesi, rendesse superflua quella astratta discussione; potrebbe darsi invece che i risultati di tale discussione servissero ad interpretare gli articoli medesimi. Come però è certo che il pensiero del legislatore non può non essersi rivolto anzi tutto a quel punto astratto e scientifico di partenza, l'investigare codesto punto è pur certamente indispensabile preparazione ad una retta interpretazione di quelle positive disposizioni di legge, in cui il legislatore ha espresso la convinzione sua su quel punto, qualunque debba poi essere il risultato della interpretazione medesima.

Osserverò prima di ogni altra cosa che non fu buon consiglio di coloro che trattarono la quistione Verga-Mascagni-Sonzogno, il non

generalizzare il loro discorso a tutte quante le composizioni musicali su di un testo poetico qualunque, mentre il disposto dell'articolo 6 surriferito contempla appunto “ un componimento musicale qualunque „. Se quei giuseconsulti, cui diede ragione la citata sentenza del Tribunale di Milano, si fossero, p. es., domandati, se anche il poeta, autore di una canzonetta, potrebbe pretendere la metà dei suoi lucri ricavati dal compositore che l'avesse messa in musica, e resa popolare, difficilmente avrebbero risposto di sì, e creduto che il legislatore italiano fosse dello stesso avviso, e di qui avrebbero tratto motivo a dubitare di una uguale risposta rispetto ad un'opera musicale, poichè è manifesto che i due casi non per natura, ma per grado soltanto fra loro differiscono.

E anche stimo opportuno premettere l'osservazione che l'importanza pratica della quistione non è molta. Imperocchè ben di rado può accadere che un compositore musicale italiano, sapendo che la legge accorda all'autore di un testo qualunque da lui musicato una partecipazione al lucro delle rappresentazioni ed esecuzioni, non si accordi con lui per un equo compenso prima che quelle avvengano. Nel caso speciale di un libretto musicale commesso dal compositore al poeta, quel previo accordo non può mancare, nè manca mai, nè in Italia nè in nessun paese. Ovvia osservazione codesta, sfuggita pure ai partigiani della parificazione del compositore musicale e del poeta nel diritto sul testo musicato, e nei lucri provenienti dalla rappresentazione e dallo spaccio della composizione. Che se vi avessero posto mente ne avrebbero desunto nuovo argomento per dubitare della loro tesi. Imperocchè, quanto ai libretti d'opera in particolare, non si è mai veduto in Italia, terra classica dell'opera musicale, ricevere il poeta autore dal musicista altro che una somma data, e nessuno ha mai pensato, nè musicista, nè librettista, ad una proporzione qualunque fra quella somma e i lucri delle rappresentazioni e delle altre esecuzioni dell'opera musicale, lucri che del resto sono sempre problematici nel momento, in cui il librettista riceve il suo compenso dal compositore committente. Il celebre Romani, in particolare, autore dei libretti delle opere di Bellini, si accontentava di modeste corrisponsioni, che Bellini stesso riconosceva inadeguate. Ora egli è certamente difficile ad ammettersi che ragione e legge abbiano a porsi in contraddizione all'uso comune in quei casi, nei quali l'uso non ha potuto operare, in virtù di qualche singolare combinazione.

Quale sia il rapporto, la parte di cooperazione del compositore musicale e del poeta, il cui testo viene musicato, la coscienza pubblica ha già definito da un pezzo, prima che la scienza si facesse ad investigarlo. Il pubblico cioè non ammette nè ha mai ammesso che quel rapporto sia di uguaglianza, e l'opera del musicista reputa di gran lunga più importante di quella del poeta. Lo si è veduto in Italia, appunto in occasione della lite Verga-Mascagni. Non appena la sentenza del Tribunale di Milano fu conosciuta, venne anche censurata in tutta Italia, sia nei giornali, sia nei privati convegni, come sovranamente ingiusta, come una vera enormità. Prescindendo da questo peculiar fatto, chiunque osservi il contegno del pubblico nelle audizioni di testi musicati, delle opere musicali in particolare, s'accorge di leggieri che nel sentimento di lui la musica ha una importanza senza paragone più grande che il testo o il libretto. Al contenuto di questo, infatti, quasi nessuno pon mente, se non per afferrare e comprendere le così dette situazioni, e la sua attenzione si concentra tutta nella musica ispirata da queste. Molte volte la situazione drammatica è additata ed espressa così efficacemente dai generali caratteri della musica, e occasionata dallo stesso atteggiamento degli artisti, che alle parole del libretto nessuno bada. Che se il canto si segue, ponendo mente alle parole dell'artista, o a quelle del libretto, se l'artista non ha una pronunzia chiara, ciò non si fa se non per meglio comprendere e gustare la musica; e se le parole del libretto si tengono a mente, gli è unicamente per richiamare la musica; non si ripetono quelle infatti da chi ha udito la musica, se non per richiamare e accompagnarvi la melodia corrispondente. Buono o cattivo che sia il libretto dal punto di vista letterario, ciò non influisce per nulla sul godimento che il pubblico ha della musica, e pur troppo noi abbiamo non pochi esempi di opere musicali italiane del nostro secolo, composte su libretti infelicissimi, comprese non poche del sommo Verdi (1). Che se il libretto è buono, non è a dirsi che per questo motivo l'uditore abbia maggior godimento dalla musica, o che egli abbia ed avverta contemporaneamente due godimenti, l'uno letterario, l'altro musicale. Non è mai infatti accaduto che l'autore di un'ottimo libretto d'opera, il Ro-

---

(1) Ciò osserva anche A. Pougin nel suo Verdi, Paris, 1876, specialmente rispetto all'opera *Il Trovatore* (p. 151).

mani, p. es., sia stato chiamato alla ribalta insieme al maestro ed agli artisti. Udita poi e riudita un'opera musicale, accade tanto frequentemente che le più efficaci melodie rimaste in mente si vadano ripetendo insieme alle parole, quanto sole. Che anzi questa ripetizione delle melodie senza le parole, è assai più frequente della ripetizione con parole, chi pensi alle innumerevoli e continue private riproduzioni di brani d'opera sul piano solo.

Se tutti questi fatti non bastassero a provare che l'efficacia della musica sul sentimento del pubblico, è, senza paragone, maggiore di quella del testo musicato, io non so quando mai una tesi di fatto potrebbe ritenersi provata.

E dunque già da questo fatto è lecito inferire che, ove si penetri ed analizzi ciò che accade nell'interno dell'animo umano durante l'audizione di un testo musicato, vi si debba constatare il primato d'importanza della musica sulla parola.

Per me, come per il pubblico, e come per non pochi competentissimi giudici, alla testa dei quali il divino Mozart (V. più sotto), codesto primato d'importanza della musica sul testo nell'animo umano, è un fatto psicologico certissimo. E tenterò ora di confermare codesta tesi, facendomi a studiare più direttamente la psicologica relazione che fra quei due elementi intercede,

Certa cosa ella è che il testo, il libretto, fornisce al musicista il subbietto, cioè l'occasione della sua, e veramente sua propria ispirazione. È noto infatti che tutti i celebri compositori d'opere musicali posero il più grande studio nel procacciarsi poeti di loro genio, buoni almeno a scegliere un soggetto (1), ad inventare situazioni idonee ad ispirarli, a disporre gli uditori ad apprezzare e gustare la loro ispirazione. Se qualche volta essi non furono abbastanza accurati o fortunati sotto quel rispetto, la loro musica ne risentì, onde, p. es., il Donizetti attribuiva il poco successo di talune parti del *Guglielmo Tell* di Rossini, ai difetti del libretto (2).

---

(1) Il Pougin (op. cit., p. 186) osserva che il primo libretto del *Simon Boccanegra*, scritto da Piave, non ispirò gran fatto il Verdi, il quale più tardi fece rifare il libretto da Boito. — Anche lo Zenger (*Beilage* dell'*Allg. Zeit.*, 2 ott. 1892) ritiene che il divino Mozart fu, sotto certi rispetti, inferiore a sè stesso nel *Così fan tutte*, per causa del poco felice libretto.

(2) *Felice Romani*, di Emilio Branca, Loescher, 1882, pag. 213, 225.

E il Donizetti medesimo vide male accolto dal pubblico il canto finale della *Lucrezia Borgia*, e l'aria del tenore nel secondo atto dell'*Elisir d'Amore*, non per altro motivo se non perchè quei canti da lui imposti al Romani, o per compiacere un'artista, o per un personale capriccio, non rispondono alla cosidetta *logica della situazione* (1). Nessuno più del sommo melodista Bellini comprese la necessità di un intimo connubio della poesia colla musica, per cui quella sia la più appropriata a svegliare e accendere l'ispirazione, anzi le successive ispirazioni del compositore musicale, secondo il proprio genio di questo, e a farle gustare dal pubblico in un ordine progressivo, logico e incalzante. " Datemi buoni versi, diceva egli, ed io vi darò della buona musica „ (2). Similmente esclamava Händel: " come può un musicista fare qualcosa di bello se non ha belle parole? „ (3) (l. c.). E il Wagner, il Boito, il Leoncavallo, in virtù della

(1) Talvolta il musicista sceglie egli stesso il soggetto del libretto, come fece Verdi per la *Traviata* (v. Pougin, op. cit. pa. 155.

(2) Diceva il Romani: " pochi compositori in Italia, e forse nessuno ai dì nostri, conobbero, come Bellini, la necessità di una stretta colleganza della musica colla poesia, colla verità drammatica, col linguaggio degli affetti, colla evidenza della espressione „ (op. cit., pag. 295).

(3) Tutti i famosi libretti scritti dal Romani per il Bellini furono il risultato di vicendevoli suggerimenti, di reciproche insistenze, di lunghe e animate discussioni, nelle quali o il poeta secondava il pensiero del musicista, oppure il contrario accadeva, e persino qualche volta venivasi ad una specie di transazione fra l'uno e l'altro. Più frequentemente però accadeva la prima cosa: Bellini medesimo additava al Romani il genere del libretto che meglio rispondeva alla momentanea sua ispirazione; egli eseguiva talvolta sul pianoforte davanti al Romani la musica, a cui questo doveva applicare le parole, e ciò avvenne, p. es., rispetto alla famosa aria della *Straniera*: *or sei pago, o Ciel tremendo*; tal altra volta Bellini faceva rifare più volte a Romani un passo di poesia, onde ridurlo a perfetta rispondenza colla propria interiore ispirazione, come, p. es., dieci volte la poesia dell'inno di gioja di Amina nella *Sonnambula*, e più volte la famosa cavatina della Casta Diva nella *Norma*, della quale egli medesimo scrisse otto volte la musica. Oppure il Bellini obbligava il Romani a mutare ritmo della sua poesia,, come, p. es., nella *Norma* a sostituire in un passo i versi ottonari ai senari (*ib.*, p. 147, 159, 160, 162, 163, 169-160). — Consimili cose racconta il Pougin (op. cit.) rispetto a Verdi. " *Verdi est l'auteur de tous ses poèmes, c'est à dire, que non seulement il choisit toujours le sujet de ses opéras, mais encore qu'il trace le canevas des livrets, en indique toutes les situations, les construit presque entièrement en ce qui concerne le plan général, présente les personnages et les caractères de telle façon que son collaborateur n'a plus qu'a suivre ses indications, à parfaire l'ensemble, à écrire les vers* „.

stessa persuasione, vollero essi medesimi comporre i libretti che poi misero in musica (1).

Ma se da tutte queste considerazioni emerge la grande, anzi vitale importanza del testo nella composizione di musica vocale, non ne consegue affatto che tale importanza sia pari a quella della musica. La parola è mezzo indispensabile affinchè il musicista si ispiri alla volta sua, ma appunto non è che un mezzo; il fine è la musica, e non altro che la musica, sono i suoni e i movimenti, la melodia, l'armonia, il ritmo, in cui si esprime l'ispirazione del musicista. Imperocchè il linguaggio della musica è un linguaggio a sè, il piacere d'udire una esecuzione musicale è un piacere a sè, affatto differente da quello della lettura o dell'audizione delle composizioni letterarie, sicchè coloro i quali, avendo letto o udito i versi del poeta, si fanno ad ascoltare la musica ispirata da essi, ripetono in sostanza dentro sè medesimi ciò che è già accaduto nel musicista, cioè si dipartono dalla poesia per arrivare al canto, per comprendere e gustare questo canto, comprendimento e gusto che sono dunque il fine a cui mirano. Vero è che il linguaggio musicale, come si ispira da quello del poeta, così anche serba intime analogie con questo, di tuono e di ritmo, ma pure avendo il tuono dominante e il ritmo della musica la loro ragione nella intonazione e nel metro della poesia, il linguaggio musicale diversifica sostanzialmente da quello del poeta, perchè le concrete combinazioni dei suoni, la melodia e l'armonia, che formano il vero contenuto del primo, sono una creazione tutta propria del musicista, sono idee musicali, fra le quali e la parola del poeta non intercede nessun necessario legame. Di guisa che il musicale linguaggio, nonostante l'intima sua analogia con quello poetico, è una vera trasformazione di questo, un ordine di concetti e di impressioni, che si estolle al disopra di questo, e in sè medesimo lo assorbe. E ciò fa ancora più chiaramente comprendere che per chi non si accontenta di leggere o di udir leggere un testo poetico destinato ad essere musicato, ma vuole anche udire la musica, vocale o istrumentale, che vi è stata adat-

(1) Il Mascagni descrisse la genesi e lo svolgimento dei concetti musicali del suo *Ratcliff* sotto l'impressione della lettura e delle recitazioni che andava facendo fra sè e sè dei versi di Heine tradotti da Maffei.

tata, questa audizione, questo piacere, se la musica è buona, è veramente la cosa di gran lunga principale.

Non altrimenti intese e rappresentò l'efficacia e l'importanza rispettiva della poesia e della musica nell'interno sentire di chi ode un'opera in musica, il principe dei moderni musicisti, il Mozart (1). " Poichè la musica, egli dice, colpisce e investe i sensi in modo immediato e più forte di ogni altra arte, trattiene per un momento l'impressione che può fare la espressione poetica col mezzo della parola; inoltre essa agisce in un modo immediato, e finora, a quel che sembra, inesplicato, sulla fantasia e sul sentimento, con tal virtù di eccitamento che del pari sorpassa per un momento quella della poesia " (2). E nello stesso modo pensano e si esprimono pure anche i due più recenti filosofi della musica, Hanslick (3) e Rübinstein (4).

A viemaggiormente confermare la tesi del Mozart, giova approfondire la propria indole dell'impressione che fa la musica su chi l'ascolta.

Tutte le arti sono ministre del bello, varie come questo, e ciascuna lo rappresenta coi mezzi e colle forme sue proprie. Ma il bello non è sempre una impressione piacevole, benchè ci sia chi definisce il bello ciò che piace. Bisogna, a parer mio, distinguere le arti imitatrici della natura, da quelle che non sono tali, come, p. es., l'architettura e la musica, fra le quali ultime due l'analogia è stata già da molti osservata. Nelle prime e nella poesia drammatica e nell'epica, l'impressione immediata dell'opera d'arte può essere disgustosa anzichè piacevole, e ciononostante la scena rappresentata o narrata può essere bella solo perchè creazione del poeta, che persuade come la natura, mentre non è una mera copia di questa. Nelle arti belle e nella poesia l'essenza del bello non consiste nel piacere, ma nella verità dell'invenzione, e tanto è più bella e ammiranda l'opera d'arte, quanto più l'invenzione si discosta dalla esperienza volgare, pur serbando intrinseca veridicità. Oppure, se all'idea del bello si vuol congiungere quella del piacere, si può dire

(1) È celebre il detto di Rossini: " Beethoven è grandissimo, Mozart è unico ".

(2) V. JAHN, MOZART, III, 91.

(3) *Vom musickalischen Schönen.* Leipzig, 8ª ediz., *passim.*

(4) *Die Musik und ihre Meister*, Leipzig, 1892. 4ª edizione, *passim.*

che l'essenza del bello è un piacere ideale prodotto in noi da quel connubio della verità colla creazione. Al qual piacere ideale può aggiungersi, o no, anche un altro piacere, sia sentimentale, sia sensuale, ma non è necessario accompagnamento; talvolta anzi, come notavo dianzi, vi si può accompagnare, bensì dentro certi limiti, anche un senso di disgusto. Il bello musicale invece, come l'architettonico differisce sostanzialmente da quello delle così dette arti imitatrici della natura, è affatto *sui generis*. Esso è sempre un bello piacevole, cioè la percezione di esso è sempre e immediatamente accompagnata da un'azione sui sensi, come dice Mozart, e propriamente da una azione, o sensazione piacevole, di cui è organo l'udito. Sensazione codesta non puramente materiale, ma che ad una percezione ideale va unita, per cui anche il sentimento vi si accompagna, e tanto più squisita, quanto più alta è l'idealità, delicato il sentimento che vi si associano, ma piacevole sempre, non mai disgustosa, perchè la musica si possa dir bella. Che cosa è musica, se non melodia vocale o strumentale, che si svolge e si completa nell'armonia? (1) Ora la melodia è certamente destinata a produrre una sensazione piacevole per mezzo dell'udito; sensazione piacevole, piacere, impossibile a spiegarsi nelle remote sue cause, le quali risiedono nell'intima economia fisiologico-psicologica dell'essere umano; una melodia non piacevole è tanto poco conciliabile coll'idea del bello musicale, quanto una musica senza melodia.

La creazione intellettuale, cioè la fantasia creatrice, non è meno vital fattore del bello musicale che di ogni altra specie di bello. E le *idee musicali* sono la sostanza della musica, come le idee poetiche, e le idee del pittore e dello scultore sono la sostanza della poesia e delle belle arti imitatrici; onde a ragione la lingua tedesca chiama *poeta dei toni* (*Tondichter*) il compositore di musica; ma le *idee musicali*, la creazione musicale, sono *sui generis*, da non paragonarsi con altre. Sono idee, cioè forme o combinazioni di suoni e di ritmi, che possono esser dette belle per sè medesime, senza bisogno di venir riferite a nient'altro fuori di loro, che possono esser dette belle soltanto se producono in chi le ascolta quella piacevole impressione, mista di sensazione, di idealità e di sentimento, che è tutta propria dell'audizione musicale. La stessa crea-

(1) V. Feldegg, *Das Gefühl als Fundament der Weltordnung.*

zione poi, l'opera della mente, della fantasia, nell'arte musicale è affatto differente da quella che dà vita alle arti imitative. La mente spazia incomparabilmente più libera nel campo delle idee e del bello musicale, onde è più propriamente detta creazione quella del bello musicale, che non la creazione del bello delle arti imitative.

Si oppone per verità alle anzidette cose una dottrina da molti seguìta, e che oggi signoreggia pur troppo il pensiero di molti, la dottrina che la musica deve essere ancella della parola, deve tradurre il linguaggio parlato in linguaggio di suoni, cioè esprimere, a modo suo, gli stessi sentimenti che il poeta esprime colla parola. Quanto sia diffusa codesta maniera di pensare, si può vedere dalle citazioni di Hanslick nella citata sua opera (p. 20-22). Principale e autorevolissimo propugnatore ne fu nè più nè meno che Glück. Si attribuiscono a lui infatti queste precise parole: " quando io intrapresi a mettere in musica l'*Alceste* (di Casalbigi), fu mio proposito di evitare accuratamente tutti gli abusi che la male intesa vanità dei cantanti, e la soverchia compiacenza dei compositori avevano introdotto nell'opera italiana..... Io cercai di ricondurre la musica alla sua vera destinazione, a quella cioè di appoggiare la poesia, onde rinvigorire la espressione dei sentimenti, e l'interesse delle situazioni, senza interrompere l'azione, nè sfigurarla con inutili ornamenti. Io credetti che la musica debba essere per la poesia ciò che la vivacità dei colori, e una felice combinazione di ombre e luce sono per un disegno corretto, mezzi cioè di animare le figure, senza alterarne i contorni " (1). — E analogamente scrisse il Wagner: " l'errore dell'opera, come genere artistico, sta in ciò, che di un mezzo (la musica) si fa un fine, del fine (il dramma) si fa un mezzo " (2).

Se questa dottrina fosse vera, non sarebbe certamente più possibile sostenere la tesi del primato d'importanza della musica sul testo musicato. Non è facile però crederla tale, di fronte alla manifesta verità propugnata sopra della natura *sui generis* del bello musicale, di quella piena e assoluta indipendenza sua, per cui esso

---

(1) V. un articolo di Zenger, *Glük, Sua vita e sue opere*, nella *Beil.* dell'*Allg. Zeit.*, 22 agosto 1892.

(2) R. Wagner, *Oper und Drama*, 1° vol. ap. Hanslick, op. cit., p. 67).

piace per sè medesimo e per sè solo; ma già ella è stata combattuta da competenti pensatori, e lo è oggi da quei valenti filosofi della musica, che sono lo Hanslick e il Rübinstein.

La quistione si riduce a domandare se è vero o no, se è possibile o no, che la musica dia una espressione, sua propria bensì, ma intelligibile, chiara, completa, delle stesse idee e dei sentimenti stessi che il poeta esprime colla parola. Se ciò è vero e possibile, egli è chiaro che in una composizione musicale su di un testo, questo è il principale; se no, sarà vero il contrario. Dato però che la musica non sia principale di fronte al testo musicato, non si può escludere un'altra quistione: se l'opera di canto, come è stata universalmente intesa e goduta sino a Wagner, debba essere conservata, o no; se cioè nell'opera di canto, la musica, pur serbando i suoi rapporti col libretto, debba o no continuare a sfoggiare le sue proprie bellezze, che nel libretto non hanno ragione nè radice, oppure debba ridursi a poco più che recitativo sulla scena, e a prevalenza dell'orchestra sui cantanti. Del che un effetto naturale sarebbe a poco a poco la sparizione della musica vocale, e il trionfo esclusivo di quella istrumentale, come vorrebbe il Rübinstein (*l. c.*, V, p. 2, 3, 5, 29) (1).

Fu primamente discussa la tesi di Glück fra i Gluckisti e i Piccinisti nella seconda metà del secolo scorso, e i primi, in un col maestro loro, miravano appunto a salvare l'opera di canto, riformandola. Al comune difetto delle opere italiane d'allora, che la musica vi si sbizzarriva, senza nessun riguardo al testo, essi credevano di ovviare, richiamando la musica ad una interpretazione fedele del testo, ad una espressione fedele delle idee e dei sentimenti espressi dalla parola del poeta. Era ammissibile codesto proposito, lo eseguì veramente il Glück nei termini in cui ebbe ad enunciarlo?

Molti dicono di no, ed io credo che abbiano ragione. Ad un eccesso il Glück voleva sostituirne un altro. La sua musica fu trovata da tutti espressiva, rispondente ai temi suoi, ma in che senso codesto? Nel senso che io già dissi di sopra, che cioè i più gene-

(1) La musica istromentale, egli dice, è l'anima della musica (p. 3), e il vero progresso fatto nella musica in questo secolo è nella musica istrumentale, e soltanto in Germania (p. 29).

rali caratteri, quelli che lo Hanslich (p. 22) chiama *allgemeine Momente* della musica, corrispondano ai generali caratteri della composizione poetica. Ma dentro a questi limiti anche il Glück si è lasciato portare dal suo vero genio creatore a comporre musica vera, musica bella e piacevole per sè stessa. La qual musica non si può dire maggiormente nelle opere del Glück, che in tutte le altre, avere una necessaria rispondenza alle parole, il che non può essere, nè concepirsi, è nonsenso. Tanto ciò è vero, che appunto del famoso canto di Orfeo, nell'omonima opera di Glück, *j'ai perdu mon Euridice etc.*, un contemporaneo del maestro, il Boyé, diceva che la si adatterebbe tal quale anche alle parole opposte: *j'ai trouvé mon Euridice* (1). Nè il Glück poteva fare diversamente, nè più.

La potenza espressiva della musica è molto diversa da quella che si suol intendere colle metaforiche espressioni di linguaggio musicale, pittura musicale, e simili. E a misura che dai fatti materiali, *elementari*, della natura il pensiero si discosta, la potenza espressiva della musica diminuisce, e limitatissima ella è rispetto ai fatti morali, quali sono principalmente i sentimenti, nulla rispetto alle idee astratte. La musica può descrivere, cioè imitare i suoni e rumori naturali, ma gli stessi fatti naturali che non sono suoni, come sarebbe, p. es., lo spuntar del giorno, essa non può imitare se non per via di toni rispondenti, nell'indole o colore e nel movimento, agli interni moti dell'animo umano in virtù e presenza di quei fatti; per via simbolica quindi, anzichè propriamente imitativa. Codesto simbolismo è poi il carattere della musica, in fatto di affetti, di passioni, di sentimenti, e quindi è il carattere proprio e predominante del cosidetto linguaggio musicale. E ciò conduce facilmente ad un apprezzamento esatto di quella potenza di espressione dei sentimenti in particolare, che si suole comunemente alla musica attribuire.

Il sentimento non si definisce; in generale parlando, esso è un interiore effetto della rappresentazione mentale di certi fatti, nostri od altrui, fisici o morali. Dove non c'è rappresentazione mentale, non ci può essere sentimento, e i fatti concernenti la nostra personalità morale, che sono la sorgente principalissima dei nostri sentimenti, non suscitano questi, se non perchè il pensiero associa

---

(1) Hanslick, op. cit., p. 47.

alla rappresentazione loro un qualche concetto. Didone abbandonata non piangeva dentro di sè ripensando ad Enea, se non perchè rappresentavasi col pensiero le deliziose ore passate con lui, i di lui pregi fisici, morali e l'ingratitudine. Sentimento senza concorso d'idea è impossibile. E quanto è più largo e vario e fine l'intendere, quanto più minuta è l'analisi dei vari aspetti e delle varie attinenze, degli effetti prossimi e remoti dei fatti umani, quanto più elevate sono le aspirazioni, tanto più sono forti e complessi e delicati ed alti i sentimenti dell'individuo; onde il sentire è tanto vario da persona a persona, da classe a classe, da popolo a popolo, da tempo a tempo. Si svolge e si infervora il sentimento a misura che la riflessione si addentra nell'analisi dell'oggetto e della causa sua, e la potenza del poeta nel rappresentarlo ad altrui è la stessa potenza sua di fare e di rappresentare quell'analisi.

Se tale è la natura del sentimento, chiaro si fa che la musica non può affatto ripetere l'opera del poeta, solo con diverso linguaggio, non può fare cioè un' analisi del sentimento. Imperocchè a ciò sarebbe necessario esprimere colla musica tutte le idee, o rappresentazioni mentali, che alimentano e determinano e qualificano il sentimento; la qual cosa è manifestamente impossibile. Vi ha qui un concreto, dice benissimo Hanslick, e veramente un concreto che varia da persona a persona, e che la musica non può assolutamente afferrare e rappresentare.

Che cosa può veramente esprimere del sentimento la musica? Anzitutto la parte *dinamica*, come dice Hanslick (v. pag. 32, 54, 110); i movimenti cioè dell'animo e del corpo, o rapidi, o lenti, o concitati, che accompagnano i singoli sentimenti. E poi anche quell'altra parte *fisica*, che è l'altezza o la bassezza del tono, che per vera necessità del nostro organismo contraddistinguono l'espressione vocale dei sentimenti diversi. Sono vere imitazioni della natura codeste, ma non trascendono la parte fisica dell'espressione dell'umano sentire. All'infuori di codesta sfera, la musica ha certamente ancor altro da esprimere di un sentimento, cioè il carattere dominante di questo, per cui esso è, p. es., triste o lieto, tetro o sereno, severo o giocoso, maestoso od umile. E ciò ella ottiene mediante opportuna combinazione di moto o tempo, e di toni, e specialmente di questi, dei quali si dice giustamente, da tal punto di vista, che hanno un *colore*. Ma codesta rispondenza del *colore* della musica all'intonazione morale propria dei singoli sentimenti,

non è riproduzione della natura, non è diretta e genuina espressione musicale del sentimento, ma soltanto *analogica*, e di una analogia inesplicabile per sè medesima, sentita essa stessa per mera virtù dell'intima nostra natura, e che meglio ancora è a dirsi *simbolica*, come ho già notato sopra. Al di là degli anzidetti elementi del sentimento, che costituiscono i caratteri generali e distintivi della musica, questa non può esprimerne altri. Dice benissimo Hanslick: " rumoreggiare, infuriare può la musica, ma adirarsi e " amare no " (p. 208); e dell'amore, che è pure il più comune oggetto dell'espressione musicale, " può la musica soltanto significare " gli *addiettivi* che l'accompagnano, non mai il sostantivo " (p. 28). E dunque la musica non può essere detta espressione, con altro linguaggio, di tutto ciò che dice il poeta, perchè dei sentimenti, che questi analizza e rappresenta in ogni loro parte ed aspetto, sfugge a lei totalmente la parte sostanziale, cioè il contenuto ideale, che determina il concreto loro essere.

Ciò è tanto vero, che il linguaggio musicale conviene specialmente a interpretare sentimenti indeterminati, cioè di cui è indeterminato l'oggetto. Per esempio, e principalmente, il sentimento religioso; la musica sacra, specialmente istrumentale, è vitale nutrimento della religiosità, e si può dire che nelle plebi, specialmente cattoliche, la religione è quasi tutta sentimento vago e indeterminato, comunque nobilissimo e salutarissimo, sostenuto dalla musica, quando non lo è da parole di una lingua del tutto incompresa.

Ed è pur vero, come già da tanti fu osservato, che le medesime melodie possono convenire ad esprimere i più diversi sentimenti (1). Non è questo un argomento dell'inefficacia espressiva della musica, se non per chi male intenda ed esageri codesta efficacia. Imperocchè dovendosi, come ho detto, la musica limitare a imitare col suono e col movimento i più generali caratteri del sentimento, ac-

---

(1) Hanslick osserva che i più ammirati pezzi del *Messia* di Haendel sono tolti da duetti erotici, che egli aveva composti per la Principessa Carolina di Hannover su madrigali di Mario Ortensio (p. 51); — che l'*Ouverture* dell'*Egmont* di Beethoven potrebbe convenire anche ad un *Guglielmo Tell*, o ad una *Giovanna d'Arco*. È qui da ricordare che l'*Avemaria* di Gounot è stata presa dal 1° Preludio di Bach.

cade appunto che i medesimi caratteri generali possano riscontrarsi in sentimenti diversi. Oltredichè spesse volte avviene che più sentimenti sorgano insieme e si confondano nell'animo umano in una circostanza data. Il dolore morale, per es., può esprimersi nello stesso modo, benchè, per il diverso oggetto suo, abbia sostanza diversa; lo stesso dicasi della letizia; dolore e letizia possono tanto essere sentimenti irruenti, quanto pacati, e quindi la manifestazione dell'uno e dell'altro può anche convenire ad un sentimento del tutto diverso: del dolore, all'ira e alla pietà; della letizia, all'entusiasmo, o alla rassegnazione; ira e amore possono trovarsi riuniti, e i loro accenti confondersi.

Ma il bello musicale non risiede, come ho già detto, nè nell'imitazione dei suoni della natura, nè in quella dei movimenti corporei, e dei toni varii naturali del linguaggio dell'uomo in preda a sentimenti diversi, e neppure nell'analogia del color dei suoni musicali coll'interna intonazione diversa dell'animo, variando il sentimento. Quanto alla parte meramente imitativa, o *elementare*, come dice Hanslick (p. 153-155, 160-162, 170, 208), della musica, devesi convenire con questo che essa è la più bassa del musicale linguaggio, onde, per es., la musica di ballo è certamente la meno elevata manifestazione di quest'arte. Il bello musicale, come ho pur già detto, comincia al di qua di quei confini; è la melodia, completata dall'armonia, il vero e proprio linguaggio della musica, sorgente del piacere sensuale-sentimentale, che è il vero e solo scopo di essa; linguaggio più o meno efficace, più o meno elevato e nobile anch'esso, secondo la potenza e il sentire del compositore, ma linguaggio per così dire. Imperocchè in realtà nulla esso esprime di determinato, e non consiste in altro che in piacevoli successioni e combinazioni di suoni e di ritmi, che soltanto non devono discordare da quei generali caratteri di cui sopra ho ragionato, e che, soltanto per questo loro non discordare, rendono più efficace la espressione musicale dei sentimenti, che all'intiera composizione presiedono, e alle singole parti di questa. Di guisa che per me non vi ha essenziale differenza fra la melodia cantata e quella strumentata, checchè ne dica il Rübinstein; anche la musica strumentale ha un tema o soggetto, additato dal compositore medesimo, o immaginato dall'uditore, ma le singole melodie e le singole frasi non hanno per sè stesse maggior significato nella voce degli strumenti, che in quella dei cantanti, benchè questa sia in pari tempo

articolata in parole, destinate soltanto ad appoggiare i suoni vari di essa (1).

Vi ha egli, in questo rapporto della musica colla parola, una condanna della musica vocale, dell'opera di canto in ispecie? Siccome in realtà le parole del libretto non servono molte volte che di mero appoggio alla musica, sicchè uditori, e cantanti persino, non vi badano gran fatto, si dovrà condannare questo genere di composizione musicale, come ibrido e illogico? O ci si potrà accontentare di quel rapporto fra la melodia e il subbietto musicato, di cui diceva poc'anzi, e che è vero merito di Gluck di avere ristabilito, benchè egli si facesse illusione di avere reso la musica mera ancella della poesia? Ben è vero che quella condanna rimarrebbe sempre teorica, perchè il gusto del pubblico non la ratificherebbe mai, e neppure chiunque si senta la potenza di seguire l'esempio dei veramente grandi operisti, rimanendo soli a congratularsene coloro, come dice Hanslick (p. 112), i quali " sprovvisti di potenza creatrice, rappresentano come un principio falso la vera e indipendente bellezza musicale, che non possono raggiungere ". Per me io non credo affatto ammissibile quella condanna. Il canto è un prodotto, un fenomeno troppo spontaneo della nostra natura, perchè non abbia ad essere ragionevole. Dalla canzone poi all'opera musicale la distanza non è che di gradi. Nell'opera di canto, benchè la parte della poesia sia maggiore assai che nella canzone, cioè uno svolgimento di fatti e di situazioni, e quindi di idee e di sentimenti, l'omogeneità e l'intrinseca razionalità della composizione consiste appunto nella dimostrata subordinazione della poesia alla

---

(1) Autorevolissima e splendida conferma della tesi qui sopra sviluppata porge il grande poeta Grillparzer (Opere, vol. IX, p. 144) nelle seguenti parole: " stolta cosa è voler fare della musica nell'opera una schiava della poesia.... se la musica non avesse altro scopo che di ripetere ciò che ha già espresso il poeta, sarebbero inutili i toni "...., " nessuna opera vuol essere giudicata dal punto di vista della poesia, bensì da quello della musica "; .. " ogni tema melodico ha la sua propria interna legge di formazione e di sviluppo, che è sacra ed intangibile per il vero genio musicale, e che in omaggio alle parole egli non può sacrificare "; . . . " il compositore musicale deve essere fedele alla situazione, non alle parole "; . . . " quella che si dice caratteristica della musica è un merito negativo, è il non esprimere la gioia colla mestizia, il dolore coll'allegria, e simili ". Dei primi fu Herbart (*Encic.*, cap. IX) a insorgere contro la tesi che la musica esprima sentimenti.

musica. Il poeta non può nel libretto dire tutto ciò che in un dramma per la lettura o la recita; egli si propone soltanto un sèguito, uno svolgimento di situazioni, chiare, efficaci, onde il compositore ne tragga anzi tutto una ispirazione generale e tante ispirazioni speciali, che diano carattere alla sua musica, e poi su questo fondo, per così dire, del quadro musicale, innesti le vere e proprie e indipendenti, ma non discordanti bellezze musicali, di melodia, di armonia, di ritmo, ottenendo così con maggiore efficacia sull'animo umano, dallo strumento umana voce, quella espressione di sentimenti umani, che è lecito conseguire per mezzo dei suoni (1).

Checchè però si debba pensare su tale proposito, io credo oramai di potere asserire che l'analisi della virtù espressiva della musica, in confronto di quella della parola, conferma la descrizione, che io avevo fatto prima del rapporto fra musica e poesia nelle composizioni di musica vocale, e quindi anche conferma la tesi di Mozart e di altri valenti musicisti, e fatta presagire vera dalla stessa pubblica opinione, la tesi cioè che nella composizione di musica vocale è principale la musica, secondario il testo, quella il fine, questo il mezzo e l'occasione, e più occasione che mezzo; proprio l'opposto di ciò che insegnano il Wagner e i vagneriani (2).

---

(1) Non credo quindi retto il concetto di Hanslick, che musica e poesia siano due forze in lotta, fra le quali continue transazioni siano necessarie “ come nel regime costituzionale „.

(2) Il mio carissimo amico Hamilton Cavalletti, conosciuto ed apprezzato scrittore intorno a questioni filosofiche e sociali, e anche cultore della musica, ha applicato il suo non comune ingegno alla questione dei rapporti fra poesia e musica, in uno scritto che mi comunicò, e che ben meriterebbe di venir pubblicato. Bellissime osservazioni egli fa intorno all'influenza del ritmo musicale sulla melodia, e le conforta con esempi desunti da varie lingue, da vari maestri, e da varie composizioni musicali di uno stesso maestro. Professa egli pure e propugna la tesi della limitazione del linguaggio musicale, specialmente rispetto agli umani sentimenti, e conferma questa verità con belle osservazioni intorno all'intraducibilità della musica in nessun'altra espressione artistica. Da queste premesse però egli desume una illazione opposta alla tesi della maggiore importanza della musica sul testo nelle composizioni per canto. E l'argomento sostanziale, di cui egli si vale, è la dipendenza del musicista dal poeta per ispirarsi, e per dare un significato alla melodia. Soltanto egli riconosce che il successo dell'opera musicale dipende più dalla musica che dal testo, e ne desume che i lucri dell'esecuzione devono in maggior parte spettare al musicista. Ma il successo popolare della musica è di bassa lega, a suo giudizio, perchè cagionato da senzazioni, di cui il pubblico fa più conto che

E così posta quella premessa razional-psicologica, che dapprincipio ho detto indispensabile preparazione allo studio della quistione giuridica intrapresa a studiare, mi faccio ora a questo studio. È la quistione se, ed in qual misura, in diritto italiano, di fronte ai combinati articoli 5-6 della legge 19 settembre 1882 sui diritti di autore, in difetto di stipulazione fra l'autore di un testo musicato e il compositore musicale circa il compenso dovuto al primo, possa il primo pretendere comproprietà col secondo sulla musica unita al testo, e quindi la comunione dei lucri della rappresentazione o esecuzione, e dello spaccio del testo musicato.

Al primo enunciare codesta quistione, si presentano al pensiero due diverse sottospecie di fatto: il concorso del poeta e del musicista a quel tutto che è la composizione musicale su di un testo poetico, per essere il testo stato scritto a bella posta dal poeta, affinchè servisse di sustrato alla musica, oppure l'essere il testo stato scritto dal poeta senza quella mira, e poi musicato dal compositore per sua propria ed esclusiva deliberazione. Anche questo secondo caso si può dare, e quante volte si dà! Si pensi soltanto ai moltissimi *lieder*, musicati su canzoni già pubblicate prima da insigni poeti della Germania. Ma i due casi sono ben diversi nel

---

delle idee e dei sentimenti. La risposta a questa argomentazione del Cavalletti è contenuta in quanto ho fin qui detto. Non è possibile dare maggiore importanza al testo che alla musica, mentre si ammette che quello è composto per dare luogo a questa, ideato e condotto a questo scopo. Come la poesia può stare a sè, così anche la musica, e queste due forme del bello, confrontate fra loro, possono anche dar luogo a preferenze dell'una o dell'altra dal punto di vista della intrinsica difficoltà, e della potenza creatrice necessaria per toccarne il sommo. Ma qualunque dottrina in proposito si professi, diasi anche col Cavalletti preferenza alla poesia sulla musica, allorquando però quella si fa mezzo e appoggio di questa, non si può negare primato d'importanza a questa su quella, se non negando che la musica sia un linguaggio essa stessa, negando che sia essa pure un sistema, un tessuto di idee sue proprie, benchè collegate in certi loro caratteri più generali a certe idee e a certe disposizioni dell'animo. E appunto quando la poesia si collega colla musica per produrre il canto, fornisce a questa quei più generali caratteri, lasciando che essa svolga poi le idee sue proprie, di fronte alle quali i più particolari concetti e le parole del poeta, la maggior parte cioè della composizione di questo, non avendo con esse nessuna necessaria connessione, si costituiscono in condizione di meri appoggi al canto, e quindi di accessori alla musica. E in pari tempo la poesia deve necessariamente rinunziare a svolgere tutto l'essere suo, onde serbare codesta sua accessorietà.

loro carattere giuridico, poichè nel primo si può parlare di cooperazione, e propriamente di cooperazione *voluta*, quale si richiede per essere *giuridica*, nel secondo no. E ciò è tanto vero, che la odierna legislazione tedesca, 11 giugno 1870, concorde in ciò coll'antecedente del 1841, dà piena libertà al compositore musicale di mettere in musica testi poetici preesistenti, senza bisogno del consenso dell'autore, e senza obbligo di compenso di sorta, purchè il testo poetico venga rappresentato, eseguito, spacciato unito alla musica, cioè sottoscritto a questa. Principio, che lo Schuster (1) chiama bensì una manomissione (*Eingriff*) della proprietà letteraria altrui, ma in pari tempo riconosce salutare allo svolgimento della musica tedesca, specialmente dei *lieder*, e dichiara approvato dalla coscienza giuridica nazionale. Principio, che è anche seguìto da tutte le altre legislazioni di popoli germanici, come, per esempio, dalla danese e dalla svedese (2). È egli ammissibile riferire gli articoli 5, 6 citati, cioè la idea della comproprietà che essi esprimono, tanto al primo dei detti due casi, quanto al secondo?

Io non lo credo, poichè non è lecito attribuire al legislatore assurdi pensamenti, assimilazioni di cose *toto cœlo* differenti. Chi può infatti scorgere un collaboratore all'opera di canto in un poeta, il quale, quando scrisse, non poteva neppure presagire che il suo testo sarebbe poi stato messo in musica, nè da chi? E per avventura un cooperatore a molte composizioni musicali su quel medesimo testo, se questo sia stata contemporaneamente o successivamente messo in musica da parecchi compositori? E chi potrebbe tollerare che una parte, non che uguale, neppure notevole, dei lucri dell'opera di canto pretendesse e conseguisse il poeta in tale ipotesi? (3) Non è dunque possibile che il legislatore abbia

---

(1) *Das Urheberrecht der Tonkunst*, Monaco, 1891, pagg. 245-246.

(2) *Ib.*, pag. 144.

(3) Eppure questo si è veduto in Italia nella causa Verga-Mascagni, ingiustamente decisa nel senso di una divisione da 1:3 fra l'autore del dramma *Cavalleria Rusticana*, e un compositore che ne mise in musica, non l'intiero testo, ma una riduzione molti anni dopo! Come mai i giudici non hanno preso consiglio dal senso comune, e non si sono detti: se il Mascagni non scriveva la sua musica, avrebbe mai il Verga potuto lucrare dal suo, pur bellissimo dramma, più di quello che le recitazioni teatrali gli avrebbero procacciato? E per qual ragione adunque dovrà il Mascagni dargli qualcosa di più che un compenso degli esemplari del dramma, resi inutili dalla riduzione e riproduzione fattane sotto le note musicali?

ravvisato comunione dell'opera di canto fra musicista e poeta nel caso che il poeta non abbia scritto a bella posta per il musicista; gli articoli 5 e 6 non possono affatto riferirsi a cotesto caso. Ne viene forse che in tal caso il musicista non abbia, in diritto italiano, nessun obbligo verso il poeta, e questi nessun diritto verso di quello?

No, certamente. Lo impedisce il canone generale dell'inviolabilità del diritto d'autore. Il musicista non potrà pubblicare il testo del poeta sotto la musica sua senza il consenso di lui; imperocchè è una riproduzione letteraria anche questa, benchè molto diversa dall'ordinaria. E se il testo poetico non è mai stato pubblicato, il poeta potrà inibirne la pubblicazione per opera del musicista. Che se il testo era già stato pubblicato, potrà il musicista, cui ne sia stato conceduto l'uso dal poeta, ripubblicarlo ulteriormente insieme alla musica, anche senza ulterior consenso di quello, per analogia dell'articolo 5, ma avrà il poeta diritto ad un equo compenso degli esemplari del testo resi superflui dalle edizioni fattene insieme colla musica.

È dunque vero e proprio oggetto della proposta quistione il rapporto giuridico esistente, in virtù degli articoli 5, 6 più volte citati, fra compositore di musica e poeta, quando il testo sia stato fornito da questo dietro richiesta di quello, senza che i due siansi accordati circa il compenso dovuto al poeta.

La dimostrata premessa del carattere di principale, spettante alla musica in confronto del testo nelle composizioni di canto, dà necessariamente una direzione alla interpretazione degli articoli 5 e 6, in ordine alla detta quistione. Non può cioè l'interpretazione di questi articoli non proporsi di desumerne disuguaglianza di diritto fra il poeta e chi ha musicato la poesia, a tutto vantaggio di quest'ultimo; e una conseguente inferiorità di compartecipazione del primo al secondo nei lucri della rappresentazione o esecuzione, e dello spaccio della composizione di canto. Soltanto dopo riuscito vano ogni plausibile tentativo di interpretazione siffatta, sarà lecito al giureconsulto rassegnarsi ad una eguaglianza di diritto fra poeta e musicista, contraria a quella principalità della musica sulla poesia, che è in pari tempo dimostrata dalla scienza e sentita dalla pubblica coscienza.

In virtù dell'art. 6 capov., della legge 19 settembre 1882, che si richiama all'art. 5, egli è certo doversi ammettere, in generale,

una comunione di diritti d'autore fra il poeta e il musicista rispetto all'opera, cioè alla composizione musicale su testo poetico, o composizione per canto.

Per verità codesto concetto, nella generalità sua, è per sè medesimo poco conciliabile colla tesi della importanza secondaria del testo rispetto alla musica. Se una canzone, un libretto musicato, è sostanzialmente un'opera musicale su di un testo poetico, ne consegue che questa non è propriamente un testo musicato, e quindi non una vera e propria associazione, non una vera e propria cooperazione di poeta e musicista. E allora, come mai vi si può ravvisare una proprietà spettante ad entrambi per titoli equipollenti, epperò comune ad entrambi? Ciò non si capisce davvero, e già lo ha notato un eminente scrittore straniero intorno alla proprietà musicale, il citato SCHUSTER (1). Come mai, per qual via il legislatore italiano è venuto a quel concetto della comunione del diritto d'autore fra il poeta e il musicista?

Pur troppo la spiegazione è la solita servilità all'esempio francese. In Francia, non esistendo nessuna disposizione speciale intorno alla proprietà musicale, ma soltanto le leggi del 19 gennaio 1791, 19 luglio 1793, 5 febbraio 1810, 8 aprile 1854, 14 luglio 1866 sulla proprietà drammatica in generale, la proprietà musicale, e in ispecie la quistione che io sto ora studiando, sono regolate liberamente dalla giurisprudenza (2). È questa pacifica nel considerare l'opera composta di parole e di musica come un tutto indivisibile, come proprietà del poeta e del musicista. E spinge questo principio fino alle ultime conseguenze, fino a interdire l'esecuzione delle *ouvertures*, degli intermezzi musicali, e dei pezzi veramente sinfonici, senza il consenso del librettista (3). Ma tuttociò la giurisprudenza francese ammette soltanto nell'ipotesi e alla condizione che l'opera sia stata fatta con vera collaborazione, e sia il prodotto di una ispirazione comune al poeta e al musicista. Così decise la Cassazione di Parigi, 4 febbraio 1881 (DALLOZ, *Rép.*, 1881, I, 331) (4). Conseguentemente questa ipotesi e questa condizione

---

(1) Op. cit., 259.

(2) V. DUNANT, *Du droit des compositeurs de musique sur leurs œuvres*, Genève, 1893 (p. 121 e segg.).

(3) V. molte sentenze in DUNANT, op. cit., pag. 122.

(4) V. *ibid.*

debbono reputarsi implicite anche nel diritto italiano, se si ammette, come io ho cercato di dimostrare sopra, che l'articolo 5 della legge 19 settembre 1882 non si applica a testi non commessi al poeta da chi mette in musica. E anche nella legislazione belgica dominano in sostanza gli stessi principii (1).

Ma per essere venuta di Francia la dottrina italiana della comproprietà del poeta e del musicista, non cessa di essere sbagliata, cioè irrazionale, perchè contraria al vero rapporto, che la scienza e la coscienza pubblica stabiliscono fra la poesia e la musica, rapporto che, come si è veduto, riassumesi in questo: che la poesia dà soltanto occasione all'ispirazione del musicista, e appoggio alle note musicali. E certamente più in Italia che in Francia è sentita la fallacia di siffatta dottrina, perchè l'Italia è la terra classica della melodia musicale, che tutti gustano per sè stessa, non ponendo mente alle parole fuorchè per rammentarla.

Ma *dura lex sed tamen lex*; che giuridicalmente il poeta e il musicista debbansi considerare coautori delle composizioni per canto, che vera comproprietà debbasi reputare esistente fra i due in diritto italiano, non può essere dubbio. I tentativi quindi, che sopra ho detto, in generale, doverosi per l'interprete degli articoli 5, 6 della legge 19 settembre 1882, di desumerne conseguenze non contraddicenti alla premessa dell'importanza tutta secondaria del testo poetico di fronte alla musica, debbonsi ormai risolvere in tentativi di conciliare il concetto della comunione tra il poeta e il musicista, col concetto della disuguaglianza di partecipazione dell'uno o dell'altro alla composizione musicale, alla produzione del piacere che questa reca agli uditori, e per cui è stata fatta.

Reputisi pure cioè, come la legge vuole contro ragione e giustizia, la composizione per canto opera comune del poeta e del musicista, ma poichè in realtà la parte principale, anzi principalissima, anzi sostanziale di quella, è la musica, si ricerchi se, tenendo fermo quel concetto, sia possibile nonostante commisurare il diritto di quei due in modo almeno approssimativo alla reale proporzione d'importanza dell'opera di ciascuno essi (2).

---

(1) Schuster, op. cit., pag. 123.

(2) Pare impossibile, ma pure è vero: c'è stato in Italia chi ha cercato invece di allargare anzichè di restringere il diritto del poeta, riferendo l'art. 6 alla sola edizione, e non alla rappresentazione! (avv. Panattoni, *Il diritto di traduzione e il teatro*, Milano, 1892, p. 9).

Una prima cosa mi pare sicurissima. Ed è che non si potrà in Italia seguire l'esempio francese, estendendo la comproprietà del poeta e del musicista anche alle parti meramente strumentali o sinfoniche delle composizioni per canto. Una assurdità di questo genere, censurata dagli stessi francesi (1), non è possibile nella giurisprudenza italiana, poichè la legge non ve la spinge, e un retto intendimento del rapporto fra poesia e musica, che non abbia avuto finora la giurisprudenza francese, le impedirà di cadervi da sè. L'articolo 6 pone in presenza, l'uno dell'altra, il componimento e la musica, si riferisce quindi a musica scritta su testo poetico, cioè a musica di canto, e a questa soltanto, e quindi anche l'*opera comune,* di cui è parola nel capoverso dell'articolo 6, e nell'articolo 5, cui quel capoverso richiamasi, non può intendersi che la vera e sola composizione musicale su testo poetico, libretto od altro.

Quanto poi ai veri e propri effetti giuridici della comunione in discorso rispetto al vero oggetto suo, che è la musica scritta sul testo poetico, il modo di conciliare codesto concetto della legge colla razionale differenza d'importanza fra la poesia e la musica, è facile a escogitarsi in astratto. Si intenda comunione, comproprietà, non già in parti uguali, ma in parti disuguali fra il poeta e il musicista, e corrispondente divisione disuguale fra essi dei lucri della rappresentazione ed esecuzione, e dello smercio della composizione per canto. Una comunione può tanto essere di parti uguali, quanto di parti disuguali, benchè nel dubbio la prima cosa debbasi supporre. Ciò che importa ora vedere, è appunto se il testo della legge consenta o no siffatta interpretazione restrittiva del concetto di comunione o comproprietà fra il poeta e l'autore.

Io credo di sì.

L'articolo 5, richiamato dal capoverso dell'articolo 6, statuisce che quando il diritto di autore " appartiene in comune a più individui, si presume, sino a prova contraria, che tutti ne abbiano una parte eguale ". Applicando questo canone alla comunione ammessa dalla legge fra il poeta e il musicista, ne consegue che anche questa comunione è a reputarsi uguale fintantochè si può

(1) Dunant, op. cit., p. 122, e Pataille, Pouillet, ivi citati.

presumere tale, cioè sino a prova contraria. In realtà però di siffatta *prova contraria* non vi ha luogo a discorrere, allorquando la poesia non fu scritta per incarico del musicista, e quindi non ci furono patti di sorta fra i due intorno alla misura dei rispettivi loro diritti. Che del resto, quando patti si fanno tra musicista e poeta, non sono mai che di un compenso, più o meno largo, del poeta per parte del musicista. Nessun poeta, prima dell'illustre Verga, ha mai sognato in Italia di fare a mezzo, e neppure a terzo, con un musicista, in tutti i lucri della esecuzione e dello spaccio di un'opera teatrale o di altra qualunque composizione per canto. Chi si può figurare, non dirò il Cammarano accampare una pretesa siffatta rispetto ad opere di Verdi, ma il Romani rispetto alle opere di Bellini? Ma se la comunione ammessa dalla legge fra il poeta e il musicista, e non accompagnata da patti fra i due, non può riputarsi disuguale per il motivo indicato nell'articolo 5 della legge 19 settembre 1882, cioè perchè si abbia una vera e propria prova di pattuita disuguaglianza, vi ha ancora modo di considerarla disuguale a' termini di quell'articolo, come ragione e giustizia lo esigono.

E di vero, può egli forse rifiutarsi alla evidenza valore per lo meno uguale a quello di una prova vera e propria? Nella comunione che la legge ha voluto ammettere fra il poeta e il musicista, vi ha appunto evidenza di disuguale partecipazione alla cosiddetta opera comune, di parti quindi disuguali nella asserita comproprietà di questa opera. Le considerazioni precedentemente esposte mi dànno al certo, e dànno ad ogni illuminato giurista, il diritto di affermarlo.

E dunque dalla combinazione degli articoli 5, 6 della legge 19 settembre 1891, non è niente affatto vero, come sentenziarono i tribunali nella causa Verga-Mascagni, che l'interprete sia necessitato o, a dir meglio, contro ragione e giustizia e anche contro il senso comune, costretto e violentato a fare parti eguali fra poeta e musicista nella comproprietà di una composizione per canto, e negli effetti giuridici di essa. Non è violenza davvero all'intendimento del legislatore supporre che, dove egli fa menzione di prova, non intenda escludere la evidenza, che è la massima delle prove. Evidenza di fatto, s'intende, quale è pur quella di cui vado ragionando, oltre che evidenza di ragione, essendo, come ho notato, anche un fatto notorio che in una composizione di canto ciò che

tutti ricercano e apprezzano e gustano, è la musica, melodica e armonica, che alle parole si appoggia e dalle parole è ispirata.

Non si obbietti che nei casi di comproprietà letteraria, contemplati dall'articolo 6, ad evidenza di disuguaglianza, insita nella indole stessa della composizione, non vi abbia luogo. Imperocchè l'articolo 6 concerne appunto soltanto le collaborazioni letterarie, e la presunzione di uguaglianza dei coautori non si applica ai componimenti per canto, se non perchè l'articolo 6, capoverso, ha esteso a questi il disposto dell'articolo 5; ma in virtù di questa estensione al di là della cerchia delle collaborazioni letterarie, la espressione *sino a prova contraria* viene appunto ad assumere un più lato significato, che anche la evidenza comprende, come possibile prova, o naturale surrogato a questa; significato, evidenza, che appunto ai componimenti per canto convengono, attesa l'indole loro, e veramente a questi soli.

Che se non aggradi l'esposto modo di conciliare colla razionale disuguaglianza fra il poeta e il musicista il letterale disposto dell'articolo 5, che l'articolo 6, capov., applica anche alle composizioni per canto, se ne può proporre anche un altro, più semplice bensì, ma altrettanto razionale.

L'articolo 6, capov., dice che il poeta (*lo scrittore*) " ha il medesimo diritto concesso dall'articolo precedente a chi ha in comune con altri il diritto di autore sopra una stessa opera „. Alla lettera presa questa disposizione, che cosa significa essa, se non doversi per legge il poeta considerare comproprietario, insieme al musicista, dell'opera musicale, e doversi a lui *quella parte di compenso che gli spetta*? In queste parole, con cui si chiude l'articolo 5, è designato nella sostanza sua il diritto di ogni collaboratore e coautore letterario. Dov'è, nel capoverso dell'articolo 6, un accenno alla presunta uguaglianza dei comproprietari, *sino a prova contraria*, di cui pure è parola nell'articolo 5? Quel capoverso parla in generali termini del diritto del poeta, cioè dice in generale che è lo stesso diritto conferito al coautore letterario dall'articolo 5; ora siffatta locuzione generale non può di sua natura riferirsi che a ciò che vi ha di *sostanziale* nel concetto di quel diritto, e tale è appunto nell'articolo 5 soltanto il concetto della comunione, e quello del *compenso* dovuto al coautore *per la parte che gli spetta* nella comunione. La qual parte, dato il concetto della comunione fra il poeta e il musicista, non può essere che disuguale, anzi dis-

ugualissima, per tutte le ragioni esposte sopra, che sarebbe incivile supporre avere il legislatore ignorate o volute disconoscere. E appunto perchè siffatta disuguaglianza è *evidente*, nè ha bisogno di *prova* in istretto senso, anche per questo motivo non è a supporsi che il legislatore, nel capoverso dell'articolo 6, abbia inteso, colle generali parole di cui si serve, richiamare altro che i concetti sostanziali dell'articolo 5, e non eziandio, e più particolarmente, il canone probatorio ivi pure stabilito, il quale, ove in istretto senso intendasi la parola *prova,* conviene soltanto alla cooperazione e comunione letteraria.

L'una o l'altra delle anzidette vie può e deve essere presa onde ottenere quella conciliazione fra la lettera della legge negli articoli 5, 6 in discorso, e la certa e irresistibile esigenza di ragione e giustizia e della pubblica coscienza, e quindi anche sicuro intendimento del legislatore, che la parte del poeta in una composizione per canto venga apprezzata meno, e meno assai di quella del musicista.

Non vi ha certo bisogno di altri argomenti, oltre a quelli esposti fin qui, sia per convalidare la tesi della disuguaglianza e disproporzione di merito, e quindi di diritti, fra il poeta e il musicista, sia per dimostrare che la interpretazione degli articoli 5, 6 può e devesi fare in modo consentaneo a tale disuguaglianza e disproporzione. Non è tuttavia inopportuna nè poco rilevante conferma del fin qui detto ciò che si legge nei motivi della legge, cioè degli articoli 5, 6 della legge 19 settembre 1882.

Il senatore Scialoja, relatore al Senato, nel 1865, del progetto della legge sui diritti d'autore 25 giugno di quell'anno, nella qual legge l'articolo 6 della legge 1882 era già contenuto, si esprimeva nei termini seguenti circa il diritto respettivo del poeta e del musicista sull'opera di canto:

" Se l'insieme delle due opere (letteraria e musicale) si avesse a considerare come un sol tutto, starebbe la regola dell'uguale partecipazione, ma nel caso di cui trattasi ci è sembrato che, nella *opinione comune, confermata dall'esperienza, l'opera musicale sia quella che predomini, e dia per così dire l'essere al lavoro, cui attesero il compositore e lo scrittore.* Ond'è ragionevole che il compositore possa disporre delle parole, *salvo il diritto per lo scrittore di essere compensato,* ma che questi non possa disporre della musica, eccetto il caso di patti contrarii. *Nè abbiamo detto nulla della*

presunzione che siano eguali le parti dell'uno e dell'altro in mancanza di patti espressi, parendoci *assurdo* che certi libretti, rare volte tollerabili, di musiche eccellenti, *possano mai valere quanto queste*, sotto il rispetto economico „.

Dunque, secondo il relatore Scialoja, nelle composizioni per canto l'importanza della musica, la parte del musicista, è, senza paragone, maggiore di quella della poesia e del poeta, uguaglianza nei diritti fra poeta e musicista non si può presumere, e il poeta non ha diritto che ad un compenso. Precisamente tutto ciò che io sono venuto propugnando qui sopra. E queste cose disse quel relatore per rendere ragione e spiegare il senso degli articoli più volte rammentati, e quindi dar norma all'interpretazione di questi; precisamente ciò che io pure ho propugnato in fatto di tale interpretazione. Secondo lo Scialoja, cioè, come secondo me, la mente dell'articolo 6 non è affatto di stabilire una comunione eguale fra poeta e musicista, quantunque quell'articolo si richiami all' articolo 5; per lo Scialoja, come per me, quel richiamo non si estende anche alla presunzione di eguaglianza, di cui pure nell'articolo 5 è menzione, e si limita quindi ai sostanziali e generali concetti di comunione, e di diritto ad una parte di utili a titolo di compenso.

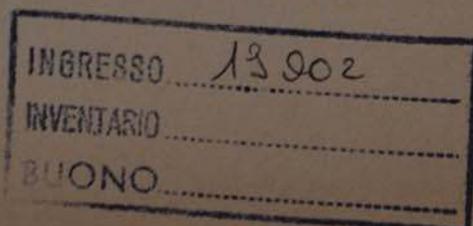
È vero che i motivi delle leggi non sono leggi, che l'interpretazione data alla legge nei motivi non vincola il giudice, ma non è neppur dubbio che una interpretazione della legge, già validamente appoggiata ad argomenti di ragione e di testo, è potentemente suffragata dalla conformità sua al significato dato alla legge da coloro stessi, che la idearono e la proposero al potere legislativo.

E dunque la disuguaglianza d'importanza, che ragione e giustizia e coscienza pubblica esigono si riconosca fra la cooperazione del poeta e quella del musicista ad una composizione musicale su di un testo poetico, e la conseguente disuguaglianza di diritti e di lucri fra essi per titolo di quella cooperazione, si possono anche reputare principî del diritto positivo italiano, cioè degli articoli 5, 6 della legge 19 settembre 1882, rettamente interpretati. Questa legge ammette una vera e propria comunione del poeta e del musicista rispetto all'opera musicale e ai lucri della esecuzione, rappresentazione, e spaccio di questa, il quale principio non risponde, come ho detto, al vero rapporto di fatto che fra il poeta e il musicista intercede. Epperò le esigenze della ragione e della giustizia circa i rispettivi diritti del poeta e del

musicista non si possono soddisfare in diritto positivo italiano, fuorchè intendendo disuguale la comunione impropriamente ammessa dalla legge fra essi. Soddisfacimento molto imperfetto per verità, poichè il giusto trattamento del poeta dovrebbe essere nella legislazione quale è sempre stato nel costume, specialmente italiano, una retribuzione cioè di opera prestata, larga bensì nella misura della idoneità del testo poetico a suscitare la ispirazione del musicista, ed all'intrinseco valore suo letterario, ma retribuzione soltanto, non partecipazione duratura e universale, in misura nessuna, a tutti gli svariati e magari ingenti lucri, che una opera musicale può dare per tutta la durata del diritto d'autore. Almanco però quell'imperfetto soddisfacimento ai molto maggiori diritti del musicista, era doveroso tentarlo, e io credo di avere additato alla giurisprudenza italiana la via per riuscirvi. Se no, sentenze ad uso di quelle emanate in causa Verga-Mascagni si ripeteranno, e in un argomento che attiene così davvicino alla vita artistica italiana, noi avremo un diritto ripugnante alla coscienza nazionale, un diritto che si impone ai fatti, mentre per la natura delle cose devono i fatti dar norma al diritto (1).

Ma chi deciderà della proporzione, in cui il poeta e il musicista debbono disugualmente partecipare alla comunione, che la legge ha voluto istituire fra essi rispetto al diritto di autore e ai lucri dell'opera musicale?

Si dovranno certamente interrogare periti. E questi e il giudice decideranno in proposito di caso in caso, tenendo conto del merito del libretto, sia per sè medesimo, sia in relazione alla musica, a cui ha dato occasione.

(1) Già qualche valente giureconsulto italiano ha propugnato la tesi della disuguaglianza dei diritti fra poeta e musicista di fronte alla legge 19 settembre 1882, p. es. il Rosmini (*La legisl. e la giurispr. dei teatri*, Milano, 1878, vol. 2, p. 328).

N° 52. **Ramponi L.**, La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano . . . . L. 7. —
„ 53. **Frola P. E.**, Delle ingiurie e diffamazioni specialmente in tema di stampa secondo il codice penale italiano (esaurito).
„ 54. **Chironi**, Questioni di diritto. 1 vol. in-8° . . . . „ 12. —
„ 55. **Schanzer C.**, Il diritto di guerra e dei trattati negli stati a governo rappresentativo, con particolare riguardo all'Italia . . . „ 5. —
„ 56-57. **Esperson**, Condizione giuridica dello straniero. 2 vol. . „ 18. —
„ 58. **Brezzo**, La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori (esaurito).
„ 59. **Meucci**, Instituzioni di diritto amministrativo. 5ª ediz. . . . „ 12. —
„ 60. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. I°. 2ª ediz. (esaurito).
„ 61. **Friedberg** e **Ruffini**, Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico . . . . „ 15. —
„ 62. **Formiggini**, La stima nella conclusione dei contratti . . . „ 8. —
„ 63. **Ramella**, Le società di commercio in rapporto alla legge penale „ 7. —
„ 64. **Alimena B.**, I limiti e i modificatori dell'imputabilità. Vol. I° (esaurito).
„ 65. **Chironi**, Trattato dei privilegi, ipoteche e pegno. Vol. I°, in-8° „ 14. —
66. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. II°, 2ª edizione „ 14. —
67. **Galluppi**, Teoria dell'opposizione del Terzo come mezzo per impugnare le sentenze. . . . . „ 8. —
68. **Brondi**, Le pubbliche amministrazioni e la gestione d'affari „ 6. —
„ 69. **Paternò L.**, La comunione dei beni nel codice civile italiano „ 14. —
„ 70. **Pincherli E.**, La prova per testimoni nei processi penali . „ 2. 50
„ 71. **Ramella A.**, Trattato sulla corrispondenza in materia civile e commerciale . . . . „ 10. —
„ 72. **Isnardi**, Principio e termine della personalità dell'individuo „ 3. 50
„ 73. **Alimena B.**, I limiti e i modificatori dell'imputabilità. Vol. II° „ 12. —
„ 74. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. (Vedi sopra N° 66).
„ 75. **Krafft-Ebing**, Trattato di psicopatologia forense. . . . . „ 12. —
„ 76. **Graziani**, Istituzioni di Scienza delle finanze . . . . . . „ 12. —
„ 77. **Ramella**, I giornali e la legge commerciale . . . . . . „ 3. 50
„ 78. **Durando**, Il tabellionato o notariato . . . . „ 6. —
„ 79. **Gabba**, Questioni di diritto reale e personale. . . . . . . „ 7. 50
„ 80-81. **Mori**, L'Amministrazione delle società anonime. 2 vol. . „ 15. —
„ 82. **Tedeschi**, I contratti di borsa differenziali . . . . „ 4. —
„ 83. **Bruschettini**, Trattato dei titoli al portatore. . . . . . . „ 10. —
„ 84. **Losana**, La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede . . . . „ 5. —
„ 85. **Gabba**, Questioni di diritto successorio e contrattuale . . . „ 8. —
„ 86. **Principalle**, Le tasse di registro. Vol. I° . . . . „ 6. —
„ 87. **Rocco**, Le società commerciali in rapporto al giudizio civile (esaurito).
„ 88. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. III°, 2ª ediz. . „ 16. —
„ 89. **Pacelli**, Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati „ 5. —
„ 90. **Ferri**, Difese penali e studi di giurisprudenza . . . . „ 9. —
„ 91. **Abello**, L'ipoteca testamentaria . . . . „ 4. —
„ 92. **Masè-Dari**, Il bilancio dello stato . . . . „ 5. —
„ 93. **Mazza**, La condizione illecita nei testamenti . . . . „ 4. —
„ 94. **Alimena**, I limiti e modificatori dell'imputabilità. Vol. 3° . „ 12. —
„ 95-96. **Principalle**, Le tasse di registro. Vol. 2° (in 2 parti) . . „ 15. —
„ 97. **Trione**, Gli stati civili nei loro rapporti giuridici coi popoli barbari e semibarbari . . . . „ 6. —

N° 98. **Brusa**, Codice di procedura penale norvegese . . . . L. 4.—
„ 99. **Lombroso**, Lezioni di medicina legale, con 74 fig. . . . . „ 12.—
„ 100. **Giannini**, Azioni ed eccezioni cambiarie (2ª edizione della Cambiale in giudizio) . . . . „ 7.—
„ 101. **Codovilla**, La legge sulle Camere di Commercio, 6 luglio 1862 „ 2.—
„ 102. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. IV, 2ª ediz. . . „ 22.—
„ 103. **Navarrini**. I magazzini generali nella loro costituzione e nelle loro funzioni . . . . „ 6.—
„ 104. **Chiovenda**, La condanna nelle spese giudiziali . . . . . . „ 10.—
„ 105. **Ferreri**, L'asta pubblica nei contratti dei comuni . . . . . „ 4.—
„ 106. **Chironi**. Trattato dei Privilegi delle Ipoteche e del pegno. Vol. II „ 14.—
„ 107. **Nasi**. La responsabilità civile del tipografo nei reati di diffamazione ed ingiuria . . . . „ 5.—
„ 108. **Pincherli**, La vedova . . . . „ 5.—
„ 109. **Brunetti**, Del riscatto convenzionale nella compra-vendita . „ 3.—
„ 110. **Rocco**, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento „ 14.—
„ 111. **Nani**, Storia del diritto privato italiano . . . . „ 12.—
„ 112. **Vivante**, Trattato di diritto commerciale. Vol. IV (vedi s. N° 102). „ 22.—
„ 113. **Campogrande**, Trattato della fidejussione . . . . „ 14.—
„ 114. **Fubini**, La dottrina dell'errore . . . . „ 6.—
„ 115. **Arcangeli**, La Società in accomandita semplice . . . . . . „ 6.—
„ 116. **Toesca di Castellazzo**, L'offerta al pubblico . . . . . . „ 5.—
„ 117. **De Benedetti**, Il ricorso per cassazione . . . . „ 6.—
„ 118. **Rezzara**, Dei mediatori e del contratto di mediazione . . . „ 6.—
„ 119. **Franceschini**, Il patrocinio gratuito . . . . „ 18.—
„ 120. **Dernburg**, Diritto delle obbligazioni . . . . „ 15.—
„ 121. **Cocito**, Le assicurazioni terrestri . . . . „ 6.—
„ 122. **Chironi** e **Abello**, Trattato di diritto civile ital. Vol. I, Pᵉ Gen. „ 20.—
„ 123. **Atzeri**, La gestione d'affari nella dottrina e nella giurisprudenza „ 10.—
„ 124. **Graziani**, Istituzioni di Economia Politica. 2ª edizione . . „ 15.—
„ 125. **Pola**, Controversie sull'azione penale . . . . „ 8.—
„ 126. **Bolchini**, Le pubbliche sottoscrizioni . . . . „ 6.—
„ 127. **Gabba**, Nuove questioni di diritto civile, I . . . . „ 7.50
„ 128. **Pola**, Commento alla legge sulla condanna condizionale . . „ 5.—
„ 129. **Dernburg**, Diritto di famiglia e diritto dell'eredità . . . „ 18.—
„ 130. **Fubini**, La teoria dei vizi redibitorii nel diritto civile e commerciale italiano . . . . „ 12.—
„ 131. **Rocco**, La sentenza civile . . . . „ 5.—
„ 132. **Dernburg**, Pandette, Vol. I, p. I. Parte generale . . . . . „ 12.—
„ 133. **Alimena**, Studi di procedura penale . . . . „ 12.—
„ 134. **Gross**, La polizia giudiziaria, con figure . . . . „ 12.—
„ 135. **Gabba**, Nuove questioni di Diritto civile, II . . . . „ 7.50
„ 136. **Dernburg**, Pandette, I, p. II, Diritti reali . . . . „ 12.—
„ 137. **Lumbroso**, La garantia nella vendita e nella locazione di Diritti industriali . . . . „ 4.—
„ 138. **Cognetti-De Martiis**, Il compromesso . . . . „ 2.50
„ 139. **Navarrini**, Studi e questioni di Diritto commerciale . . . „ 5.—
„ 140. **Sarfatti**, Del contratto d'abbonamanto alle cassette di sicurezza nelle banche . . . . „ 5.—
„ 141. **Buzano**, Domicilio di soccorso degli indigenti infermi nel D. I. „ 3.—
„ 142. **Manzini**, Trattato di diritto penale italiano. Vol. I . . . „ 12.—
„ 143. **Baldi**, Le leggi sull'elettricità. Testo, commenti ed illustrazioni „ 6.—
„ 144. **Vaccaro**, Genesi e funzione delle leggi penali. 3ª edizione . „ 6.—
„ 145. **Luzzatto**, La comproprietà nel diritto italiano . . . . . „ 5.—
„ 146. **Bonaudi**, Sospensione degli atti amministrativi . . . . . „ 4.50
„ 147. **Brunetti**, La cambiale in bianco . . . . „ 8.—
„ 148. **Lumbroso**, Responsabilità limitata degli armatori . . . . „ 3.—
„ 149. **Manzini**, Trattato di diritto penale italiano. Vol. II . . . „ 16.—